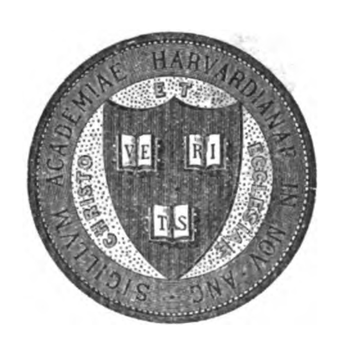

SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

G. Lemcke?.

H


ACADEMIAE HARVARDIANAE
ET
VE RI TAS
CHRISTO ECCLESIAE
SIGILLVM
NOV. ANG.

G. Lemcke?

Theorie und Casuistik

des

gemeinen Civilrechts.

Ein

Handbuch für Praktiker

verfaßt von

Rudolph Freiherrn von Holzschuher,
Doctor der Rechte und vormals Reichsstadt Nürnbergischem Rathsconsulenten,
Ritter des Königlich Bayerischen Verdienstordens vom heiligen Michael.

Zweiter Band.

Enthaltend:

I. Besitz= und Sachenrecht,
II. Erbrecht.

Zweite, sorgfältig umgearbeitete, vermehrte und verbesserte Auflage.

Leipzig,
in Baumgärtner's Buchhandlung.
1857.

Allgemeine Uebersicht des zweiten Bandes.

Erste Abtheilung.

Besitz- und Sachenrecht.

Zweite Abtheilung.

Erbrecht.

Erste Abtheilung.

Besitz- und Sachenrecht.

Kapitel I.

Die Lehre vom Besitz.*)

Dig. XLI. 2. de acquirenda vel amittenda possessione.
Cod. VII. 32. de acquirenda et retinenda possessione.

§ 1. Grundbegriffe, insbesondere von den Subjecten des Besitzes.

1) Was gehört wesentlich zum Begriff vom juristischen Besitz und wie pflegt man zwischen possessio civilis und naturalis zu unterscheiden?

---

*) Die hier gewählte Stellung der Lehre vom Besitz mag sich durch die unserem rein praktischen Standpunkt zunächst vorschwebende Betrachtung des zwischen dem Besitz und dem Sachenrecht bestehenden unverkennbaren Zusammenhangs rechtfertigen. Der Besitz ist ja das Vermittelnde zwischen Subject und Object, und stellt die Verbindung zwischen der Person und der Sache äußerlich dar; denn während das dingliche Recht schon durch die rechtliche Möglichkeit, Sachen entweder in allen oder doch in gewissen Beziehungen unserer Willkühr zu unterwerfen, besteht, muß durch den Besitz erst die physische Möglichkeit hinzukommen. Eben des Zusammenhanges wegen glaubt der Verf. auch den Besitzrechtsmitteln oder den possessorischen Interdicten hier ihren Platz anweisen zu dürfen, ohne Rücksicht darauf, ob deren eigentlicher Grund in einer obligatio ex delicto wenigstens theilweise gesucht werden mag, und daß sie hier von den übrigen im Obligationenrecht vorkommenden Interdicten getrennt stehen. Ohnedies fallen ja h z. T. die interdicta publica in das Polizeigebiet; s. W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen § 167. und daß den interd. retinendae poss. keine obligatio ex maleficio, wie v. Savigny Recht des Besitzes § 6. u. 12. annimmt, zum Grund liege, vielmehr ihr Wesen und der Grund ihrer Einführung darin besteht, daß dadurch die den Eigenthumsproceß vorbereitende Frage entschieden werden soll, welcher von zwei Partheien, die gleicherweise den Besitz für sich in Anspruch nehmen, die Rolle des possessor oder des petitor zuzuweisen sey, — ist nun gewiß zur Evidenz erhoben von v. Vangerow Pand. Bd. I. § 336.

2) Was versteht man unter justa oder injusta possessio?
3) In welchen Fällen wird man als Besitzer in jure betrachtet, wenn man es gleich nicht wirklich ist, und was sind die Folgen?
4) Wie wird der Besitz überhaupt constituirt? Wenn nur animo et corpore besessen werden kann, so entsteht die Frage: in wie fern doch solchen Personen ein Besitz zugeschrieben werden könne, welche entweder der Willensfähigkeit ermangeln, wie Kinder, Rasende und dergl., oder solchen, welchen als blos fingirten Personen oder moralischen Personen ein körperliches Inhaben nicht möglich ist?
5) Wie ist der gesetzliche Grundsatz zu verstehen: plures eandem rem in solidum possidere non possunt?

Zu 1) Der Besitz, ein Erbstück aus dem verdrängten Naturzustande, ursprünglich blos factisches Herrschaftsverhältniß, wurde unter der Herrschaft positiver Gesetzgebung nothwendig zu einem civilrechtlichen Institut und daher mit eigenen Rechtsmitteln ausgerüstet. Indessen herrscht in der Theorie eine große Verschiedenheit der Meinungen, und so insonderheit darüber, ob zum juristischen Begriff des Besitzes wesentlich der animus domini gehöre, wie v. Savigny im Recht des Besitzes § 7., Schilling im Lehrb. für Institt. Bd. II. § 133., v. Vangerow in den Pandecten Th. I. § 199. u. 200. und wohl die meisten Rechtsgelehrten statuiren,*) oder nur überhaupt irgend eine Absicht, die Sache dem eigenen Willen zu unterwerfen, anzunehmen sey; cf. l. 1. § 3. D. 41. 2. — l. 18. D. eod., Thibaut im System d. P. R. § 202. (ed. 8.), v. Buchholz Versuche no. 8., Guyet im civilist. Archiv Bd. IV. S. 361., so auch das preußische Landrecht Th. I. tit. 7. § 3. etc.

Eben so abweichend sind die Ansichten darüber, was für einen Begriff die Römer mit poss. civilis und naturalis verbunden haben? Vergl. außer den oben angeführten Schriftstellern Burchardi im Archiv für civil. Praxis Bd. XX. no. II., Warnkönig daselbst no. VII., Fritz zu Wening-Ingenheims Lehrb. d. gem. Civilr. S. 252., Thibaut im civil. Archiv Bd. XVIII. S. 317. und Bd. XXIII. S. 167.,

*) Diesem Princip folgt auch das österreichische bürgerliche Gesetzbuch Th. II. § 309. Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsam hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.

v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 233., Bartels daselbst Bd. VI. S. 177., Sintenis ebend. Bd. VII. S. 223. u. 414., G. Thon über civilis und naturalis possessio im Rhein. Museum Bd. IV. S. 95., Schroeter Obs. jur. civ. no. IV. Cap. 2. de possess. in eos, qui alieno nomine possident, translatione. Gans über die Grundbegriffe des Besitzes Berlin 1839., v. Thaden über den Begriff der römischen Interdicte rc. 1833., Th. A. L. Schmidt über das possessorische Klagrecht des jurist. Besitzers gegen seinen Repräsentanten, Gießen 1838., v. Tigerström die b. f. possessio oder das Recht des Besitzes, Berlin 1836., Roßhirt im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 1., Vollgraf über die eigentliche Bedeutung der Gewähr, über Besitz, Eigenthum rc., ebend. Bd. IX. im Anhang.

Die Hauptansichten sind folgende:

I. Nach v. Savigny's Theorie ist lediglich die possessio ad usucapionem als possessio civilis anzusehen. Da es aber noch einen Besitz gibt, welcher doch auch rechtlichen Schutz — nämlich durch die Interdicte — genießt, so heiße dieser possessio schlechthin. Wenn es endlich auch noch einen Besitz geben kann, für den sich in den Gesetzen keine rechtliche Wirksamkeit findet, nämlich das natürliche Verhältniß im Gegensatz des juristischen (possessio naturalis), so liege dieser außer der juristischen Sphäre. Daß nach dieser Theorie — wenn man nämlich unter Civilbesitz blos den Usucapionsbesitz versteht — der animus domini von dem Begriff des Civilbesitzes unzertrennlich sey, leuchtet von selbst ein.

II. v. Vangerow l. c. beschränkt den Begriff von Civilbesitz nicht auf die possessio ad usucapionem, behauptet aber auch animum domini als juristische Grundlage des Besitzes. Er statuirt daher poss. civilis, wenn Jemand die Detention verbunden mit dem animus domini hat, wogegen ihm possessor naturalis derjenige ist, welcher zwar detinirt, aber jenen animus nicht hat, oder nicht haben darf; z. B. weil die besessene Sache extra commercium oder der Besitzer selbst des Eigenthums unfähig ist, oder der Besitz aus einem civilrechtlich nichtigen Rechtsgeschäft abgeleitet wird. In diesen letzten Fällen könne nämlich zwar factisch der animus domini vorhanden seyn, aber in den Augen des Gesetzes sey er nicht vorhanden, demnach nur eine reine res facti, quae jure civili infirmari non potest, l. 1. § 4. D. 41. 2. oder eine possessio naturalis.*)

*) Auch der possessor naturalis hat wenigstens das interdictum unde



Dem zu I. und II. gemeinschaftlich angenommenen Princip, daß dem juristischen Besitz zwei Elemente, nämlich die körperliche Unterwerfung und der animus domini vereint zum Grund liegen müssen, scheint zwar entgegen zu stehen, daß es noch andere Fälle gibt, in welchen nicht animus domini, sondern irgend ein anderer von den Gesetzen allerdings geschützter affectus tenendi, habendi, dominandi dem factischen Inhaber zum Grunde liegt, insbesondere das Verhältniß des Sequesters und Pfandgläubigers.*) v. Savigny rechtfertigt diese scheinbaren Ausnahmen durch den von denselben abstrahirten Begriff eines abgeleiteten Besitzes. In den beiden bemerkten Fällen ist nämlich das Bedürfniß vorhanden, dem Besitzer, welcher es der Regel gemäß wäre, den Besitz zu entziehen, dem Faustpfandgläubiger soll dadurch die Ausübung seines Pfandrechts, bei dem Sequester soll das ungewisse oder streitige Recht der nicht besitzenden Parthei gesichert werden; Grund genug, eine Anomalie**) eintreten zu lassen. — Roßhirt im civilist. Archiv Bd. XXI.

---

vi, l. 1. § 9. u. 10. D. 43. 16. Daher auch die von ihrem Mann beschenkte Ehefrau Dritten gegenüber. Die römischen Juristen brauchten den Beisatz naturalis zu possessio, wenn eine andere Person im Rechte als Besitzer galt.

*) v. Savigny rechnet dazu auch den Besitz des Emphyteuten und des precario accipiens, aber s. dagegen G. F. Puchta im Rechtslex. Bd. II. S. 48.

**) Bei welcher aber auch wohl zu bemerken ist, daß sie nicht über ihren Grund und Zweck hinausreicht; denn diese Subjecte des abgeleiteten Besitzes haben blos poss. ad Interdicta. Z. B. auf den Sequester kann der Besitz nur übergehen, wenn dies ausdrücklich ausbedungen ist; l. 39. D. 41. 2. — l. 17. § 1. D. 16. 3., Glück Pand. Comm. Bd. XV. S. 145., v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 278. Dem Pfandgläubiger muß zwar der Besitz zugeschrieben werden, weil im pignus die possessionis traditio ausdrücklich enthalten ist, aber dem ungeachtet behält der Pfandschuldner possess. ad usucapionem, l. 1. § 15. l. 36. D. 41. 2. Dasselbe muß wohl auch bei der emphyteusis und superficies gelten; s. v. Vangerow l. c. S. 280. Der precario accipiens hat zwar an beweglichen ihm bittweise überlassenen Sachen den Besitz, weil der precario rogatus den Besitz aufgegeben hat, aber die bittweise Ueberlassung derselben hemmt den Usucapionsbesitz des Eigenthümers nur während der Zeit des Precariums, und hindert ihn dagegen nicht, wenn das precarium aufgehört hat, auch die Zeit, während welcher er die Sache bittweise überlassen hatte, an seinen Besitz anzuknüpfen; l. 13. § 7. D. 41. 2. — Ganz klar ist übrigens, daß dem Procurator, Depositar, Commodatar der Besitz als ein selbstständiges Recht nicht beigelegt werden kann, quia solummodo aliis ministerium praebent. Eben so wenig dem in possessionem missus, wenn die missio blos in der Absicht geschah, um vor einer Veräußerung sicher zu stellen, Früchte zu genießen.

S. 242. scheint weniger Beifall zu verdienen, wenn er unter dem animus domini nur die Gesinnung, jeden Andern von der Sache auszuschließen, verstanden wissen will; denn diese Gesinnung findet sich ja auch bei dem blos natürlichen Besitz. Wer den animus domini nicht hat, müßte diesen einem Andern zugestehen, und könnte daher auf einen Schutz seines Inhabens, als eines selbstständigen Rechts, keinen Anspruch haben. Indem ich auf den Schutz meines Besitzes Anspruch mache, verlange ich, daß mein Wille, den ich in die Sache gelegt habe, noch ehe dessen Rechtmäßigkeit dargethan ist, schon wegen der Möglichkeit, daß er, als der eines Rechtsfähigen, diese Eigenschaft habe, respectirt werde; Puchta im Rechtslex. Bd. II. S. 47. Dabei ist es, wie Höpfner von den Besitzrechtstiteln und Besitzprocessen Leipzig 1841. bemerkt, gleichgültig, ob der angewandte Vernunftwille als allgemeiner Wille die ganze Substanz des Gegenstands erfaßt, also das Eigenthum bezweckt, oder als besonderer Wille einen so vielfach verschiedenen Zweck verfolgt, als von dem Gegenstande, auf welchen er gerichtet wird, viele und verschiedene nutzbare Theilchen nach Raum und Zeit, übrigens ohne gänzliche Aufhebung der Substanz des Gegenstandes nach den Gesetzen des Denkens losgelöst werden können, wie sich dieß z. B. in den verschiedenen Formen der den Römern schon bekannt gewesenen Dienstbarkeiten der Sache, sammt Emphyteuse und Superficies, welche mit dem Pfandrechte die s. g. jura in re ausmachen, und den erst später, namentlich durch germanische Sitten aufgekommenen Verhältnissen, z. B. den Regalien, den Diöcesan-, Parochial-, Jurisdictions- und gutsherrlichen Rechten, den Zwang- und Bannrechten, der Leibzucht, dem Lehen zeigt.

Ohne in weitere Discussionen einzugehen, von welchen v. Savigny in der 6. Auflage seines Werks über den Besitz S. 138. rc. sagt: „In allen diesen neuern Schriften ist also viel Mühe ohne Resultat, ja eigentlich ohne ein erhebliches Ziel aufgewendet worden," wird sich dem Praktiker die Frage: was juristischer Besitz sey? einfach aus den gesetzlichen Voraussetzungen der possessio und aus den rechtlichen Wirkungen, welche die Gesetze an die possessio knüpfen, beantworten.

Unzweifelhaft ist hierüber Folgendes:

a) Wer einen besitzfähigen Gegenstand bei persönlicher Fähigkeit zu besitzen, auf was immer für eine Weise — nur demjenigen gegenüber, von welchem er seinen Besitz überkommen hat, nicht vi, clam oder precario*) — besitzt, nämlich corpore et animo sibi

*) Schroeter de possessione ejus, qui precario accepit in Obs. jur. civ. no. IV. cap. 1., Kritz Sammlung von Rechtsfällen Bd. I. S. 177.

habendi inne hat, der hat Anspruch auf Schutz in seinem Besitzstand, dem stehen zu diesem Ende die Interdicte zu. Qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. l. 2. D. 43. 17.

b) Wer den Besitz zum Zweck der Usucapion geltend machen will, muß außerdem auch eine rechtmäßige Erwerbungsart für sich haben, welche ihn zu dem Glauben berechtigen konnte, die an sich usucapionsfähige Sache (welche also nicht res furtiva, vi possessa und dergleichen seyn darf) pro suo zu besitzen, l. 24. C. 3. 22. — l. 6. C. 7. 14. und wirklich im guten Glauben seyn.

In dieser Hinsicht unterscheidet das preuß. allgem. Landrecht Th. I. Tit. 7. § 7. zwischen vollständigem und unvollständigem Besitz und erinnert dadurch an die Ansicht des Placentius, welche v. Savigny l. c. als die älteste unter allen Meinungen hierüber folgendermaßen anführt: „es gibt nur einen juristischen Besitz, der aber verschiedene Wirkungen haben kann, indem er bald die Usucapion möglich macht (plena), bald nicht (minus plena). *)

Zu 2) Die Eintheilung der possessio in justa und injusta ist ganz unabhängig von der Unterscheidung zwischen possessio civilis und naturalis. Eine wie die andere kann justa oder injusta seyn; denn das justum ist hier nicht auf das jus civile zu beziehen, sondern bedeutet das rechtliche überhaupt, und bezieht sich in den meisten Fällen auf die vitia possessionis. Justa possessio heißt dann jede Detention, welche ohne Gewalt, ohne Verheimlichung und ohne precarium angefangen hat; s. v. Savigny l. c. § 8.

Zu 3) Dies geschieht zur Strafe:

a) bei demjenigen, qui dolo desiit possidere, oder auch welcher in böser Absicht den Besitz nicht hat erwerben wollen; sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem non voluit admittere. l. 25. § 8—10. l. 45. D. 5. 3. — l. 27. § 8. D. 6. 1. — l. 131. l. 150. l. 157. § 1. D. 50. 17. — l. 68. l. 71. D. 6. 1. —

über das precarium, Brackenhöft im civil. Archiv Bd. XXIV. S. 197. über die drei vitia possessionis.

*) Aus dieser Verschiedenheit der Qualification entsteht auch die Folge: wenn in einem Processe über den jüngsten Besitz die Qualität rechtskräftig anders bestimmt worden ist, als der Besitz zur Verjährung beschaffen seyn muß, so kann die Parthei auch nicht jene Qualität des jüngsten Besitzes bei der nachher im petitorischen Processe auszuführenden Verjährung zum Grunde legen; v. Langenn und Kori Erörterungen Thl. I. Abth. 3.

b) bei demjenigen, qui liti se obtulit, d. i. welcher sich wegen einer gar nicht in seinem Besitz oder nicht in seinem juristischen Besitz befindlichen Sache so einläßt, als ob er wirklich juristischer Besitzer der Sache wäre. l. 25. l. 27. pr. D. 6. 1. — l. 13. § 13. D. 5. 3. — l. 5. pr. § 3. D. 12. 3. — l. 7. D. 6. 1. — l. 95. § 9. D. 46. 3. — l. 2. C. 3. 19. — Es wird aber dabei vorausgesetzt, daß der Kläger es nicht selbst besser wußte, was aber der Beklagte beweisen muß, l. 26. D. 6. 1. — l. 45. D. 5. 3. — auch kann der Beklagte seinen Fehler, so lange als noch Kläger keinen Schaden erlitten hat, wieder gut machen. l. 25. D. 6. 1. — Glück P. C. Bd. VIII. § 586. S. 208. Bd. VII. § 565. S. 526.

Zu 4) Factum und animus sind seine beiden Factoren.*) Das factum muß ein solches seyn, wodurch ich in den Stand gesetzt werde, daß ich, und ich allein, über die Sache nach Willkühr verfügen kann. Dies gilt besonders von der Tradition, wo der Besitz vom vorigen Besitzer an mich übergeben, nothwendig außer aller fremden Gewalt sich befindet, mithin die unmittelbare, gegenwärtige Möglichkeit meiner ausschließenden Einwirkung auf die Sache keinem Zweifel unterliegt. Von dem animus ist zur Fr. 1. das Nöthige bemerkt worden; vergl. Warnkönig über die richtige Begriffsbestimmung des animus possidendi im civil. Archiv Bd. XIII. S. 167., Orboliff Bemerkungen zur Lehre vom animus possidendi, München 1838. Durch Occupation wird, wenn die Sache keinen Eigenthümer hat, zugleich das Eigenthum erworben, außerdem kann der Besitz unter weiteren Bedingungen zum Eigenthumserwerb führen; s. Fr. 1. lit. b.

Kinder**) und Wahnsinnige***) können durch Autorität des Vormunds zum Besitz gelangen, l. 1. § 3. l. 18. l. 32. § 2. D. 41. 2. — Unmündige auch sogar ohne jene Autorität, s. l. 32. § 2. D. 41. 2. — sie konnten auch durch einen Sclaven den Besitz eines Sonderguts erlangen, l. c. und l. 26. C. 8. 54. — Von der hereditas jacens sagt l. 1. § 15. D. 47. 4.: possessionem non habet, quae

---

*) Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore, l. 3. § 1. D. 41. 1. —

**) Besitzerwerb eines Kindes, s. Rhein. Museum Bd. V. S. 33., s. auch folgenden § 2. zu Fr. 1. not. *)

***) In Ansehung Rasender ist besonders zu bemerken, daß ein später eingetretener Verlust des Verstandes die Fortsetzung des zuvor schon gehabten Besitzes nicht hindert, s. Glück P. C. Bd. II. § 181. S. 571., vergl. den folgenden § 6. Frage 5.

est facti et animi. Heut zu Tage läßt man dem Erbschaftscurator die Besitzerwerbung zu; s. Kreitmaier Anmerk. zum bayer. Landrecht Th. II. Kap. V. § 3. Juristische Personen sind des Besitzes auch nur dann fähig, wenn sie einen Vertreter haben, l. 1. § 15. D. 47. 4. — l. 1. § 22. l. 2. D. 41. 2. — l. 1. § 2. D. 3. 4. — l. 7. § 3. D. 10. 4.

Zwar sind noch neuerlich Zweifel dagegen erhoben worden, wegen des Grundsatzes: ignoranti possessio non adquiritur; denn allen diesen Subjekten fehlt ja die Wissenschaft, und ohne diese konnte man früher nur durch Sclaven und ex causa peculii ausnahmsweise Besitz erwerben. Gegen solche Bedenken (s. Warnkönig im civil. Archiv Bd. XX. S. 412.) hat sich aber wohl längst die gemeine Meinung dahin fixirt, daß die Regel ignoranti possessio non adquiritur nicht auf Städte, Pupillen, Minderjährige und Wahnsinnige anzuwenden sey, daß vielmehr die Repräsentanten einer juristischen Person, daß der tutor und curator seinem Mündel den Besitz auf gültige Weise erwerben könne, ohne daß dabei auf den Willen des Repräsentirten selbst gesehen wird; s. v. Savigny l. c. § 26., Schweppe röm. Privatr. Bd. II. S. 32.

Zu 5) Da der Besitz seinem Begriffe nach ausschließend ist, so ist es seiner Natur entgegen, daß Mehrere zugleich die Sache im Ganzen sollten besitzen können,*) l. 3. § 5. D. 41. 2. — Dieß hindert aber nicht, daß mehrere gemeinschaftlich nach bestimmten idealen Theilen besitzen können (compossessio) l. 5. D. 45. 3. — l. 25. § 1. D. 50. 16. — l. 8. D. 6. 1.

---

§ 2. Von Erwerbung des Besitzes und den Gegenständen desselben, insbesondere auch der quasi possessio jurium.

1) Was wird wesentlich erfordert, um durch einen Stellvertreter Besitz zu erwerben?
2) Was entsteht in Ansehung des Besitzerwerbes für eine rechtliche Folge, wenn mein Stellvertreter die Sache, welche ihm ein Dritter für mich übergeben hat, sich selber zueignet, oder einem Andern übertragen hat?
3) Was wird auf Seite des Tradenten zu einer gültigen Tra-

*) Dem steht nicht entgegen, daß nach den zur Frage 1. gemachten Bemerkungen z. B. beim Pfandgläubiger possess. ad usucapionem und zugleich beim Pfandschuldner poss. ad interdicta angenommen wird, denn Ersterer hat nur eine poss. ficta. l. 36. D. 41. 3., Puchta im Rechtslex. Bd. II. S. 49.

dition erfordert? Auf welcherlei Art kann diese vor sich gehen, und was wirkt eine bedingte Tradition?

4) Wie wird bei einer societas omnium bonorum die Besitzübertragung bewirkt?

5) Ist mir, indem ich den Besitz eines Grundstücks erwerbe, auch der Besitz des darin vergrabenen Schatzes erworben?

6) Was versteht man unter traditio brevi manu, und wie wird der Besitz durch ein bloßes Constitut erworben?

6[a]) Ist bei dem Verkauf des Holzes auf dem Stamm die Tradition durch Signirung der Bäume mit dem Waldhammer als wirklich erfolgt anzunehmen?

7) Auf welcherlei Art kann die Apprehension geschehen, insbesondere
   a) bei Gebäuden oder Grundstücken?
   b) bei beweglichen Sachen?
   c) bei rebus unitis?
   d) bei einer aus zerstreuten Objecten bestehenden universitas rerum?

8) Wie wird an unkörperlichen Rechten, insbesondere Servituten der Besitz durch Tradition oder Occupation erworben?

9) Können alle Rechte Gegenstand einer quasi-possessio seyn?

10) Bei einer zusammengesetzten Sache (res composita) entsteht die besondere Frage:
   a) ob der Besitz im Ganzen, also durch das Ganze an den einzelnen Theilen, oder an jedem einzelnen Theile für sich erworben wird?
   b) wenn eine bewegliche Sache mit einer unbeweglichen vereinigt wird, wird dadurch der Besitz und die Usucapion der ersteren als solcher unterbrochen? wie wenn eine bewegliche Sache mit einer andern beweglichen Sache vereinigt würde?
   c) wenn die zusammengesetzte Sache in einzelne Theile zerlegt wird, so daß also nun ein neuer Besitz an den einzelnen Theilen erst beginnt, ist dann an diesen erst eine neue Usucapion nöthig, wenn am Ganzen dieselbe schon vollendet war?

11) Unter welchen Voraussetzungen kann man an einem einzelnen Theil eines Ganzen Besitz erwerben?

12) Welche Gegenstände sind nicht fähig besessen zu werden?

Zu 1) Es wird erfordert:

a) daß der Stellvertreter willensfähig sey, l. 1. § 9. 10. D. 41. 2.

b) daß er ein factum apprehensionis verbunden mit dem animus possidendi vornehme, insbesondere daß er

c) für mich erwerben wolle, l. 1. § 19. u. 20. D. 41. 2. — Endlich

d) muß aber, weil mit Ausnahme der Peculien, des Erwerbs durch Vormünder*) und der Städte der Grundsatz gilt: ignoranti possessio non acquiritur, auch mein Wille hinzukommen. Es genügt indessen, daß der Repräsentant aus meinem Willen handelt, vergl. unten § 8 a. Fr. 11.

Dies ist der Fall, wenn ich ihm den besonderen Auftrag dazu gegeben habe. Ich erlange dann durch seine Handlung, auch ohne von derselben Bericht erhalten zu haben, den durch ihn für mich erworbenen Besitz, l. 34. § 1. l. 49. § 2. D. 41. 2. — l. 1. C. 7. 32. — doch nur den Interdictenbesitz, zur Usucapion hingegen ist mein Wissen erforderlich, l. 47. D. 41. 3. l. 1. C. 7. 32. — l. 40. § 2. D. 41. 2.

Diese läuft mir daher in dem Falle, wenn ich Jemand zur Besitzergreifung in meinem Namen beauftragt habe, erst von der Zeit an, wo ich von dem Vollzug des Auftrags Nachricht erhalten habe.

Zweifelhaft ist die Wirksamkeit der Handlung eines procurator universalis. Aeltere Rechtsgelehrte machen zwischen einem General- und einem Specialmandat durchaus keinen Unterschied. Sive specialiter ei mandavimus de re certa, sive generaliter, ut nostra negotia gereret, *jam ab initio* hac mente fuimus, ut vellemus, quicquid hic nobis gereret, nobis acquiri. Donell. Comm. Lib. V. Cap. 8. § 10. Eben so Vinnius im Institut. Comm. Lib. II. cap. 9. § 6. — Die neueren Rechtsgelehrten halten hingegen ein Mandat de re certa für nöthig, daher bei einem Besitzerwerb durch einen procurator omnium bonorum die Wirksamkeit erst durch unsere Ratihabition zu Stande kommen könne; s. v. Savigny Recht des Besitzes § 26. S. 366. und nach ihm Glück P. C. Bd. VIII. S. 120., v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. Civilr. Bd. I. S. 268., v. Hartitzsch

*) Daß auch infantes auctoritate tutoris Besitz erwerben können, indem entweder der Vormund für den Pupillen, oder dieser selbst mit der Autorisation des Vormunds apprehendirt, wird nach mancherlei Disputationen über l. 3. C. 7. 32. — l. 32. § 2. D. 41. 2. h. z. T. keinem Bedenken mehr unterliegen, s. v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 283. § 204., Denzinger im civil. Archiv Bd. XXXI. S. 268.



Entscheidungen S. 53.*), Puchta in Weiske's Rechtslex. Bd. II. S. 61., v. Scheurl Beiträge H. 2. no. 8. S. 212. &c. Diese Meinung stützt sich hauptsächlich auf Paul. sent. rec. V. 2. § 2. per procuratorem acquiri nobis possessionem posse, utilitatis causa receptum est. *Absente autem domino* comparata non aliter ei, quam *si rata sit*, quaeritur, s. auch l. 42. § 1. D. 41. 2. Dagegen wird von Andern bemerkt: der erste Satz unterscheidet zwischen einem Specialbevollmächtigten und einem procurator universorum bonorum gar nicht, wie denn auch andere Gesetze zwischen beiden keinen Unterschied in der Wirksamkeit des Mandats machen, § 5. J. 2. 9. — l. 13. pr. l. 20. D. 41. 1. — l. 1. § 20. D. 41. 2. — l. 1. l. 8. C. 7. 32. und der *letzte* Satz kann füglich von einem negotiorum gestor verstanden werden; Paulus wollte nämlich laut des Eingangs vollständig angeben: wie der Besitz per liberas personas erworben werde, nämlich entweder durch einen Procurator, oder ohne Auftrag durch einen negotiorum gestor mittelst nachfolgender Genehmigung.

Zu dieser Ansicht neigt sich Unterholzner in der Verjährungslehre Bd. I. S. 415. not. 416.; umfänglich ist sie ausgeführt von Bremer in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. XI. S. 211. Ihr scheint auch die bemerkte l. 42. § 1. zu Statten zu kommen, wo dieser Unterschied zwischen dem procurator und dem negotiorum gestor, qui sua sponte egerit l. 3. § 10. D. 3. 5., ganz bestimmt hervorgehoben ist, dagegen man bei einer andern Erklärung der Worte des Paulus zu dem heterogenen Satz kommen würde: daß man nur dann durch einen Procurator Besitz erwerben könne, wenn man selbst dabei anwesend sey, und daß zum Besitzerwerb für einen Abwesenden kein Mandat genüge. Der Ausdruck „procurator" wird übrigens in mehreren Gesetzstellen in einem so weiten Umfang gebraucht, daß er den negotiorum gestor und defensor mit begreift, daher der Ausspruch Ulpians wohl auch auf eine neg. gestio bezogen werden kann. Diese Meinung hat, obwohl zum Theil aus nicht genügenden Gründen, das O. A. G. in Oldenburg sich angeeignet; s. Seufferts Archiv Bd. V. S. 124. Bei einem Gemeinde-Repräsentanten wurde nicht bezweifelt, daß er kraft dieses generellen Repräsentationsverhältnisses zum Besitzerwerbe für die Gemeinde befähigt sey; s. Plenarbeschluß des Obertribunals in Berlin v. J. 1852

*) Beide Letztere geben übrigens dem Grundsatz, daß der Wille des dominus von vornherein auf eine besondere einzelne Sache gerichtet seyn müsse, einige Lüftung in so weit, daß es genügen könne, wenn der Auftraggeber die Sache nach ihrer Gattung oder ihrem Endzweck bestimmt, und die Wahl der species dem Beauftragten überlassen habe.



in Emminghaus corp. juris Germ. II. S. 186., vergl. auch Kuhlmaier rc. Entsch. d. preuß. O. Trib. Bd. XXII. S. 321., Rehrhoff Archiv I. S. 180. Amtliche Vertretung genügt auch nach Sintenis im Civilr. Bd. I. S. 457. und Puchta l. c. bei Stellvertretern juristischer Personen.

Wenn der Eigenthümer seine Sache einem Stellvertreter als solchem tradirt, mit dem Bewußtseyn, daß er Stellvertreter, aber ohne zu wissen, wessen Stellvertreter er sey, so macht er dadurch den Vertretenen unmittelbar zum Eigenthümer; v. Scheurl Beitr. zur Bearbeitung des R. R. H. 2. S. 208.

Auch wenn der Eigenthümer einer Person tradirt, von der er nicht weiß, daß sie in fremdem Namen handle, dabei aber es ihm gleichgültig ist, ob durch die Tradition das Eigenthum an sie oder durch sie an einen Dritten gelange, erwirbt doch durch diese Tradition derjenige das Eigenthum unmittelbar, in dessen Auftrag und für den der Apprehendent die Sache empfängt; Puchta in den Pandectenvorlesungen § 148. und in dessen kleinen civil. Schriften no. 32.

Wenn juristische Personen Servituten vermöge Verjährung behaupten, so spricht für Erstere der Umstand, daß die Repräsentanten eine besonders lange Zeit hindurch das fragliche Recht ausübten, auch in so weit, daß an der allerdings auch hier nöthigen scientia der Verwaltungsbehörde nicht gezweifelt werden darf, weil man sonst eine grobe Nachlässigkeit derselben widerrechtlich voraussetzen müßte; Rehrhoff Archiv I. S. 180., Plenarbeschluß des O. Trib. in Berlin v. J. 1852 in Emminghaus Corp. jur. Germ. II. S. 186. vergl. übrigens das folgende Kap. II. § 8 a. von der Ersitzung Fr. 11.

Bei Waarenverkäufen an Auswärtige kann es zuweilen zweifelhaft seyn, ob der Fuhrmann, dem die Waare zur Beförderung an den Käufer übergeben wird, Stellvertreter des Versenders oder des Destinatars sey? ob also das Eigenthum beim Verkäufer verblieben, oder dem Käufer, der vielleicht bald darauf in Concurs verfiel, bereits erworben ist. Ohne Zweifel muß der Fuhrmann als Stellvertreter des Käufers dann angesehen werden, wenn er vom Käufer erwählt und dem Verkäufer als Empfänger der Waare bezeichnet ist. Im andern Fall aber, wenn der Käufer dem Verkäufer die Wahl gelassen hat, durch welche Gelegenheit er die Versendung bewirken wolle, scheint der von diesem gewählte Fuhrmann eben so wenig als Stellvertreter des Destinatars betrachtet werden zu können, als die Fahrpost, wenn er durch diese versendet hätte. So erkannte das O. A. G. in Stuttgart, s. Seufferts Archiv Bd. VII. H. 1. S. 7.

Zu 2) Wenn die Sache dem von mir Beauftragten für mich vom Dritten zwar übergeben war, aber jener treuloser Weise sich selbst dieselbe zugeeignet, so ist man wohl nicht mehr zweifelhaft darüber, daß von diesem treulosen Mandatar der Ausspruch der l. 13. D. 39. 5. gelte, durch welchen man die l. 37. § 6. D. 41. 1. ergänzt findet: **nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit.**

Schwieriger ist der Fall, wenn mein Stellvertreter die ihm für mich übergebene Sache einem Andern übertragen hat. Hier nehmen Manche an, es sey der ganze Act nichtig; s. Hufeland im Civilr. Bd. I. S. 727., Westphal System des R. R. über die Arten der Sachen, Besitz rc. § 849.

Unentschieden bleibt Thibaut im System des P. R. § 215. (Ed. 8) Nach Braun's Erörterungen zu Thibaut § 302. S. 309. schiene er sich zu der Meinung bestimmen zu wollen, daß dann dem Dritten der Besitz wirklich zufalle; in seinem Werk über Besitz und Verjährung S. 35. § 18. macht er hiervon nur dann eine Ausnahme, wenn der Besitz dem Gewalthaber unter der Bedingung, daß er dem Gewalthaber zufallen solle, übertragen war. Aber gewiß entscheidet mit Recht v. Savigny im Recht des Besitzes § 26. und v. Vangerow Pand. Bd. I. § 205. analog mit dem zuvor erwähnten Fall dahin, daß derjenige den Erwerb mache, welchen der Tradent im Sinne hatte.

Zu 3) Bekanntlich entsteht der Besitz entweder durch Tradition oder durch Occupation. Auf Seite des Tradenten wird dessen vorhergehender Besitz, Dispositionsfähigkeit und fehlerfreie Einwilligung erfordert.

Es gilt übrigens gleich, ob mir vom Vorbesitzer förmlich übergeben wird, oder ob ich die Sache schon früher mit seiner, so lange sie in meiner Gewahrsame war, nicht zurückgenommenen Erlaubniß occupirt habe, l. 16. pr. D. 19. 5. — l. 6. D. 39. 5. — Schweppe R. Privatr. Bd. II. § 217.

Das Wesentliche der zum Besitzerwerb erforderlichen körperlichen Handlung liegt darin, daß sie mich zur Sache in ein Verhältniß ausschließender und willkührlicher Einwirkungsfähigkeit versetzt. Diese setzt aber vor allem voraus, daß ich bei der Sache gegenwärtig sey.

Meine Gegenwart kann die körperliche Behandlung erst möglich machen, dazu aber, daß sie wirklich werden, daß ich mir der physischen Herrschaft bewußt werden könne, ist noch nöthig, daß diese nicht durch die Gegenwart eines Andern verhindert werde; die Freiheit von solchem Hinderniß aber finde ich entweder durch den Willen des Andern, **cum vacuam possessionem se tradere dicat** oder durch Gewalt (Dejection des Andern) oder durch Occupation (an einer herrenlosen Sache) s. l. 77.

D. de R. V. — l. 3. § 1. l. 18. §. 2. l. 52. § 2. D. 41. 2. — Die Tradition kann daher bei Immobilien nicht allein durch Einführung in das Grundstück geschehen, sondern auch dadurch, daß der Tradent mit der erklärten Absicht, das Grundstück in meinen Besitz übertragen zu wollen, auf dasselbe hinweist, traditio longa manu. l. 18. § 2. D. 41. 2. ferner durch Uebergabe der Schlüssel in re praesenti § 45. J. 2. 1. — l. 74. D. 18. 1.*) bei verschließbaren, sowohl unbeweglichen als beweglichen Sachen, bei letzteren außerdem auch durch das Hinlegen vor die Augen des Empfangsberechtigten, l. 79. D. de solut.**) oder wenn die Sache in meine Behausung gebracht wird, l. 18. § 2. D. 41. 2. — oder wenn sie mir auf Befehl des Vorbesitzers übergeben wird, l. 1. § 21. D. 41. 2. — l. 79. D. 46. 3. — Bei nicht wohl verschließbaren Sachen genügt die in Gegenwart der Sache gegebene und von mir oder meinem Stellvertreter angenommene Erklärung, sie in meinen Besitz übertragen zu wollen: non est enim corpore et actu (al. tactu) necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et

---

*) Die Beurtheilung kann übrigens in concreto verschieden ausfallen. In einem Ao. 1844. verhandelten Fall, wo dies in Frage kam, erkannte das O. A. G. in Dresden: der Natur der Sache nach sey freilich die Gegenwart des verschlossenen Behältnisses, oder besondere Hinweisung im Allgemeinen von Gewicht, weil aber das „apud horrea“ in l. 74. cit. nicht als vorgeschriebene Solennität, und in § 45. J. 2. 1. — l. 9. § 6. D. 41. 1. gar nicht vorkommt, so sey nach l. 18. § 2. D. 41. 2. anzunehmen, daß jenes Requisit alsdann ersetzt wird, wenn sonst Merkmale vorliegen, daß die Partheien die erkaufte Sache als in die Bewahrung des Käufers gelangt sich dachten, z. B. im Contracte sagten: das erhandelte Getraide sey a dato Eigenthum des Käufers; er habe die Schlüssel zum Boden, weil es habe umgestoßen werden müssen, nicht annehmen wollen, bekenne aber nunmehr den Empfang des Schlüssels, s. Sächs. Zeitschr. V. S. 95.

In einem andern Ao. 1835 entschiedenen Fall legte derselbe Gerichtshof, als aus einer Concursmasse eine erkaufte Bibliothek vom Käufer vindicirt, und ein Contract, worin erwähnt war, daß die Schlüssel zu dem Bibliothekzimmer dem Käufer zum Zeichen der förmlichen Ueberweisung überliefert worden seyen, producirt ward, das Gewicht zum Nachtheil des Käufers darauf, daß nicht erhelle, ob die Schlüsselabgabe in Gegenwart der Bibliothek erfolgt, vorzüglich aber darauf, daß klar hervorgehe, wie jene Uebergabe der Schlüssel eben bloße Formalität gewesen, indem der Verkäufer sich verpflichtet habe, annoch einen Katalog zu fertigen, was er ohne Zugang zu dem Zimmer nicht im Stande war, s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1843. S. 267.

**) Wodurch die Sache meiner Herrschaft unterworfen wird, nam tum, quod a nullo corporaliter ejus possessio detineretur, adquisita mihi et quodam modo manu longa tradita existimanda est. cf. l. 1. § 21. D. 41. 2.

affectu: et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas; nam pro traditis eas haberi, si in re *praesenti* consenserint. l. 1. § 21. l. 51. D. 41. 2. — l. 14. § 1. D. 18. 6., vorzüglich v. Savigny R. d. B. § 16. Ob durch Uebergabe der Kaufbriefe oder anderer Erwerbsurkunden die Sache selbst als tradirt anzusehen sey, ist zweifelhaft. Die l. 1. C. 8. 54. entscheidet in einem Fall, wo mancipia verkauft waren, bejahend. Manche sehen dies als constitutum, Andere als symbolische Tradition an.

Nach v. Savigny § 27. dürfte man durch diese Gesetzesstelle, weil das Rescript für einen bestimmten Fall gegeben war, dessen Bedingungen nicht genau bekannt sind, sich nur zu der Annahme berechtigt halten, es kann in der Uebergabe eines Kaufbriefs ein constitutum liegen, vorausgesetzt, daß aus den übrigen Umständen auf das Daseyn dieses Geschäfts geschlossen werden muß. Die Wirkung einer bedingten Tradition ist diese: daß ich pendente conditione den Besitz nur im Namen des Andern ausüben kann, existente conditione aber mir der Besitz unmittelbar erworben wird, l. 38. § 1. D. 41. 2.

Zu 4) Nach l. 1. § 1. l. 2. D. 17. 2. wird die Tradition aller einzelnen in der Societät begriffenen Sachen schon durch den Vertragsabschluß als geschehen angenommen; was auch als ein Constitut anzusehen seyn mag, s. v. Savigny l. c. § 27., Gesterding alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten Abh. 2. über die Art, wie man zum Besitz gelangt, besonders von der Tradition. — Archiv für das Handelsrecht herausgegeben von einigen Hamburgischen Rechtsgelehrten Bd. I. von der Besitzübertragung durch Conossement.

Zu 5) Wenn ich auch nichts von dem verborgenen Schatz weiß, so könnte ich doch den Besitz des Schatzes wohl schon durch den Besitz des Grundstückes erwerben, wenn jener ein Theil von diesem wäre; denn da würde die Regel für mich sprechen, daß durch das Ganze die einzelnen Theile eo ipso erworben und selbst usucapirt werden. Allein es verstößt gegen den vernünftigen Begriff, wenn man sagen wollte, der Schatz sei ein Theil des Grundstücks. Ist nun dies nicht zu behaupten, so kann ich den Besitz des Schatzes nur durch Ausgraben erwerben; l. 44. pr. D. 41. 2. Finde ich ihn zufällig, so habe ich nun corpore et animo den Besitz des Schatzes unmittelbar und nicht erst mittelbar durch den Besitz des Grundstücks erlangt. Es kann aber auch der Fall seyn, daß ich, nachdem ich das Grundstück erworben hatte, etwas von dem darin vergrabenen Schatz in Erfahrung gebracht habe; nun kommt also zu der früher durch den Besitz des Grundstücks ausgeübten

körperlichen Detention auch der affectus possidendi, und so fehlt dann nichts weiter, um behaupten zu können, daß ich den Schatz besitze; indessen werde ich in diesem Fall, wenn ich von dem Vergraben Nachricht erhalten habe, auch wissen, daß der Schatz ein fremdes Eigenthum ist, dann kann ich ihn aber wenigstens nicht usucapiren, weil es mir an der bona fides fehlt, l. 3. § 3. l. 44. pr. D. 41. 2.

Zu 6) Es ist oben schon bemerkt worden, daß man nur animo et corpore Besitz erlangen kann. Die Verbindung zwischen animus et corpus kann aber auch in successiver Weise erfolgen; z. B. ich habe bisher eine Sache in bloßer Detention gehabt; nun kommt ein factischer Grund hinzu, durch welchen jene zum juristischen Besitz qualificirt wird. Da genügt es schon, daß der animus possidendi zu meinem bisherigen körperlichen Verhältniß zur Sache hinzutritt. Die Gesetze sagen nämlich: nur dann könne man nicht solo animo acquirere possessionem, si non antecedat naturalis possessio. l. 3. §. 3. D. 41. 2. — l. 9. § 5. D. 41. 1. — § 44. J. 2. 1. — l. 62. pr. D. 21. 2. — l. 9. § 9. D. 12. 1. — Diese Verwandlung der Detention in juristischen Besitz pflegt man als traditio brevi manu zu bezeichnen; s. Glück P. C. Bd. VIII. S. 105.

Aber umgewandt kann auch der bisher gehabte juristische Besitz in bloße Detention verwandelt werden, und dies geschieht durch das constitutum possessorium. Dieses entsteht nämlich dadurch, daß der eigentliche Besitzer von nun an in meinem Namen besitzen, mithin meinen Besitz ausüben zu wollen erklärt, l. 18. pr. D. 41. 2. — oder solche Handlungen vornimmt, aus welchen dies nothwendig folgt; z. B. A. schenkt mir eine Sache und zu gleicher Zeit miethet er sie von mir; auf diese Weise macht er mich zum Besitzer, sich zum Verwalter meines Besitzes, l. 77. D. 6. 1. so auch, wenn an einer verpfändeten Sache dem Schuldner der Gebrauch precario überlassen wird, ist dem Gläubiger der Besitz durch bloßes constitutum erworben, l. 15. §. 2. D. 2. 8.*)

Zu 6*) Diese Frage wird zwar bejaht, in v. Nettelbladt's Rechtssprüchen des Oberappellationsgerichts zu Parchim Th. I. no. 3., sie ist aber wohl mit mehr Grund zu verneinen Auch ist Nettelbladt's Meinung gründlich widerlegt in Hagemanns pr. Erörterungen fortges. v. Spangenberg Bd. X. no. 2. S. 9—14.

---

*) Die Meinung einiger älterer Rechtsgelehrten, als sey das constitutum possessorium blos eine Erfindung der Praktiker, ist von v. Savigny im Recht des Besitzes § 27. genügend widerlegt; s. auch Glück P. C. Bd. VIII. S. 106. u. Bd. XVI. S. 237.

Ein erheblicher Zweifel wird wohl dagegen nicht aus dem Grund erhoben werden können, daß nach l. 14. § 1. D. 18. 6. bei nicht wohl verschließbaren Sachen das Aufdrücken seines Zeichens oder Siegels von Seite des Käufers als factum apprehensionis gelten könne, s. Glück P. C. B. VIII. S. 114. not. 15., v. Savigny l. c. § 16. — Wäre nämlich auch das Signiren mit einem Waldhammer diesem gleich zu achten, was nicht schlechthin anzunehmen seyn dürfte, so kommt im unterstellten Fall noch besonders in Betracht, daß Bäume, so lange sie nicht vom Boden getrennt sind, noch gar nicht anfangen können, eine Sache für sich zu seyn, daher deren Besitz als einer solchen nur durch die Trennung vom Boden erlangt werden kann.

Numquam superficies sine solo longo tempore capi potest. l. 25. u. 26. D. 41. 3. vergl. l. 7. § 13. l. 26. § 2. D. 41. 1.

Arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo, et ideo, ut dominus, suas specialiter arbores vindicare emtor non poterit; sed ex emto habet actionem. l. 40. D. 19. 1.

Der Käufer der bereits von ihm bezahlten Bäume wurde daher in dem unterstellten Fall noch nicht als Eigenthümer derselben angesehen, und mußte sich in dem gleich darauf eingetretenen Concurs des Verkäufers einlassen; Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. V. S. 155., Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd. I. S. 355.

Zu 7)*) Die Apprehension besteht in einem körperlichen Acte, wodurch der Zustand der physischen Gewalt über die Sache hervorgebracht wird. Der Besitz ist demnach apprehendirt, sowie der Erwerber in die gegenwärtige Möglichkeit vollständiger Einwirkung auf die Sache gekommen ist.

Zu a) Daher genügt bei der Besitzübertragung resp. Apprehension von Immobilien schon das Betreten eines Theils des Grundstücks, wenn von demselben aus das Ganze übersehen werden kann, l. 3. § 1. D. 41. 2. — oder wenn der Besitzer eines Grundstücks mich in dasselbe, welches vor uns liegt, einweist, auch ohne daß ich es betrete, Puchta l. c. S. 57. — oder wenn ich auf dem Heerd des zu besitzenden Hauses Feuer anzünde, oder aus dem Grundstück eine Erdscholle aussteche.

Zu b) So auch ist an beweglichen Sachen mir der Besitz nicht nur dann erworben, wenn ich sie mit Händen ergreife, oder wenn sie in meine Fallen und Netze gefallen sind, l. 51. D. 41. 1. — oder wenn

*) Zur Gültigkeit eines Instruments über eine Besitzergreifung wird nicht erfordert, daß solches von einem Notar gemacht sey, ist dies aber geschehen, so hat es keinen Glauben, wenn keine Zeugen zugezogen sind, s. Gebrüder Overbeck Medit. Bd. IV. S. 283. u. 324.

ich sie durch Aufstellung einer Wache in meine custodia bringe, sondern auch wenn ich mir die Schlüssel zum Aufbewahrungsort oder zum Behältniß der Sache in Gegenwart des Behältnisses übergeben lasse, l. 1. § 21. D. 41. 2. — l. 9. § 6. D. 41. 1. — § 45. J. 2. 1. — oder wenn die Sache in das Haus des Erwerbers mit dessen Wissen gebracht wird, l. 18. § 2. D. 41. 2. — oder wenn ich dem, welcher mir eine bewegliche Sache tradiren will, heiße, sie vor mich hinzulegen, traditio longa manu, l. 79. D. 46. 3.

So ist mir der Besitz erworben, wenn ich gleich die Sache, die mir Jemand übergeben will, ohne sie zu berühren, einem Dritten geben lasse, l. 31. § 1. D. 39. 5. —

Ob auch schon das Aufdrücken meines Wappens oder Zeichens zum Rechtsbegriff der Apprehension genüge, ist zweifelhaft. Höchstens ist es bei nicht verschließbaren Sachen anzunehmen, wie Bauholz, wovon l. 14. § 1. D. 18. 6. spricht, und unter der Voraussetzung, daß demjenigen, welcher den Besitz davon erwerben will, die Sachen stets ohne irgend ein äußeres mögliches Hinderniß zugänglich seyen, s. Glück P. C. Bd. VIII. S. 114. not. 15. — l. 1. § 2. l. 14. § 1. D. 18. 6. — l. 74. D. 18. 1. —

Bei verschließbaren Sachen ist dies nicht der Fall, wenn ich z. B. Weinfässer blos signire, ohne mir den Kellerschlüssel aushändigen zu lassen, l. 1. § 21. D. 41. 2. — Das Signiren, an sich betrachtet, ist blos ein Mittel gegen Verwechslung der Fässer, s. Glück l. c.

Zu c) Bei rebus unitis gilt die Ergreifung eines Theils pro toto, besonders eines Haupttheils, wie an einem Landgut des Herrnhauses, an einem Hofgut des Hofhauses; Leyser Sp. 452. M. 2. Per demonstrationem könnte dies wohl nicht mit Sicherheit geschehen; denn die römischen Gesetze reden von einem Stück Land, das mit einem Blick übersehen werden kann. Nun können aber zu einem Landgut mehrere Höfe gehören, die außer dem Gesichtskreis liegen; v. Savigny l. c. §. 18.

Zu d) Bei rebus disjunctis, wenn sie ein Begriffsganzes bilden, z. B. bei einer Viehheerde gilt die Apprehension im Einzelnen nur für die Stücke, welche eben beisammen sind, l. 30. § 2. D. 41. 3. — von den abwesenden muß der Besitz besonders ergriffen werden. Dies gilt auch von zerstreuten Erbschaftsstücken; Leyser Sp. 452. in f. Stryck Us. mod. Pand. L. 41. tit. 2. § 6.

Zu 8) Jura incorporalia werden, wenn sie Accessionen einer Hauptsache sind, in der Apprehension dieser begriffen, wenn sie aber für sich bestehen, durch die Ausübung apprehendirt.

In Ansehung der Servituten ist ein Unterschied zwischen den persönlichen und dinglichen. Die Ersteren, insbesondere usus und ususfructus, haben das Eigenthümliche, daß das exercitium juris immer mit dem natürlichen Besitz der Sache selbst verbunden ist, daher ich durch die Uebergabe der Sache oder dadurch, daß der Eigenthümer mich in das Grundstück einführt, oder den fructuarius selbst Besitz davon nehmen läßt, den Besitz der Servitut erlange, l. 3. pr. D. 7. 1. —

Es finden daher auch hier dieselben interdicta statt, wie bei dem eigentlichen Besitz. Die justa causa wird dann durch das Testament oder den Vertrag begründet, durch welchen mir die Servitut eingeräumt wird.

In Betreff der letzteren oder der dinglichen Servituten finden mehrere Distinctionen Statt. Sind es positive Servituten, oder affirmative Rechte, so lassen sich solche entweder in der Art denken, daß sie in unmittelbarer Verbindung mit dem Besitz eines Grundstücks stehen, z. B. jus tigni immittendi, dann entscheidet, weil eine solche Servitut nicht ohne eine permanente Anstalt bestehen kann, durch welche das Recht ausgeübt wird, jene für den Besitz des Rechts, s. v. Savigny l. c. oder in der Art, daß die Servitut in Handlungen besteht, die nur mittelbar auf ein anderes Grundstück sich beziehen, z. B. jus itineris. Hier wird der Besitz durch die mit der Absicht einer Berechtigung und dem Wissen desjenigen, dessen Recht dadurch beschränkt wird, vollzogene Handlung, durch welche das Recht ausgeübt wird, erworben, l. 25. D. 8. 6. — l. 7. D. 43. 19. — l. 1. § 2. D. 8. 3. — l. 10. pr. D. 8. 5. — l. 1. § 2. u. 3. l. 7. D. 43. 19. — l. 11. § 1. D. 6. 2. — l. 6. § 1. l. 16. D. 8. 5.*) — Bei negativen Servituten gilt

*) Daraus folgt jedoch nicht, daß Eigenmacht immerzu gestattet sey. In Beziehung auf solche Prädialservituten, bei welchen die Rechtsausübung in einzelnen vom Berechtigten auf der dienenden Sache vorzunehmenden Handlungen besteht, findet sich nirgends eine Gesetzesstelle, welche dafür spräche, daß es erlaubt sey, ein der Ausübung der Servitut entgegenstehendes Hinderniß zu beseitigen. Z. B. der Eigenthümer eines Ackers hatte auf demselben einen breiten Graben aufwerfen lassen, um die Besitzer anderer Grundstücke am Darüberfahren zu verhindern. Diese aber warfen den Graben wieder zu und fuhren neuerdings darüber. Vergebens beriefen sie sich gegen die darauf wider sie erhobene Klage darauf, daß das Zuwerfen des Grabens nur erlaubter Schutz im Besitz gewesen sey. Gegen Veränderungen auf dem dienenden Grundstücke, welche die fernere Ausübung der Servitut gefährden, ist dem Inhaber einer Fahrgerechtigkeit sogar die operis novi nunciatio versagt, wie viel mehr also die Selbsthülfe. Er muß vielmehr, um eine Inhibition der nachtheiligen Unternehmung zu bewirken, sein Recht nachweisen, s. Erkenntn. d. O. A. G. zu Wiesbaden in Flach Entscheid. Th. I. S. 5.

nach der gemeinen Meinung, wie auch Thibaut § 16. zugesteht, cf. v. Savigny l. c. § 46. das Rechtsgeschäft ohne weitere Form für die Erwerbung, und die Ausübung des Besitzes wird nicht nur dadurch, daß ich jede entgegengesetzte Handlung verhindere, und der Andere sich entweder dabei beruhigt oder durch Gewalt oder richterliches Verbot davon abgehalten wird, l. 15. D. 39. 1. — l. 45. D. 39. 2. — sondern auch schon durch das bloße Nichtthun des Andern bewirkt; l. 6. § 1. D. 8. 5., v. Savigny l. c. § 46., Reinhardt v. den Gegenständen des Besitzes in dessen vermischten Aufsätzen H. II. S. 75.

Zu 9) Nur solche Rechte, welche mit einer dauernden Ausübung verbunden sind, s. Glück P. C. Bd. II. § 182. — Der Quasibesitz ist immer ein uneigentlicher und pflegte nur, wo ein Bedürfniß es zu erheischen schien, angenommen zu werden, wie z. B. im R. R. bei den Servituten und der Superficies, s. G. F. Puchta Lehrb. §. 114., v. Savigny l. c. § 44—47.

Durch das canonische Recht, Reichsgesetze und Praxis ging er auch auf die deutschrechtlichen Servituten und mehrere solche Rechte über, welche den Character der Dinglichkeit haben*), und an ein bestimmtes Grundstück, an einen bestimmten Localbezirk gebunden sind, wie Diöcesan- und Parochialrechte, Patrimonialgerichtsbarkeit, Zehentrecht, Zwangs- und Bannrechte, Privilegien u. s. w.**) W. Puchta über die gerichtlichen Klagen § 116., Thibaut System Bd. I. § 221., Schweppe Röm. Privatr. Th. II § 223. cf. folgenden § 7. Fr. 16.

Diese Rechte werden aber, auch wenn sie Pertinenzen eines Guts sind, nicht schon durch die Hauptsache besessen, sondern erfordern, wie körperliche Sachen, eigenen Besitz, s. Schweppe l. c.***) Ueber den

---

*) Mit Recht wurde daher (s. Habicht rechtl. Erörterung. Bd. I. S. 288.) der Bäcker R. mit seiner Klage abgewiesen, ihn im jüngsten Quasibesitz des Rechts zu schützen, um Lohn s. g. Aschkuchen zu backen, zu kochen und zu braten, während dieses Recht in keiner Beziehung zum Besitz von Immobilien stand.

**) Daß bei Weiberechten ein possessorisches Rechtsmittel stattfinde, was v. Savigny im R. d. Besitzes § 46. bezweifelt, rechtfertigt sich, unserer Behauptung gemäß, dadurch, daß unser jetziges Recht nicht blos auf römischen Vorschriften, sondern eben so sehr auf Grundsätzen des canonischen Rechts und der einheimischen Gesetze beruht, nach welchen possessorischer Schutz ohne Unterschied bei allen Gerechtigkeiten, welche durch die Servitutenklagen geschützt werden, um so mehr also bei wirklichen Servituten statt hat; c. 3. 4. 7. X. 2. 12. — l. 6. X. 3. 1. Erkenntn. d. O. A. G. Jena in Emminghaus Pand. S. 419. no. 23.

***) Die Besitzklage aus einer Besitzstörung — nahm 1851 das O. A. G.

Begriff der juris possessio in v. Buchholz Versuchen über einzelne Theile der Theorie rc. S. 75., Tübinger Zeitschrift Bd. II. S. 249.

Zu 10) Im Allgemeinen ist

zu a) unzweifelhaft, daß der Besitz an einer zusammengesetzten Sache im Ganzen — nicht an den Theilen für sich — erworben wird. Der Besitzer eines Hauses besitzt demnach die Säulen, Dachziegel u. dgl. nicht für sich betrachtet, sondern er hat vermöge des Hauses als eines Ganzen deren Besitz erworben, l. 30. pr. D. 41. 2. u. l. 23. pr. D. 41. 3. Die Gründe davon, welche Javolenus l. 23. cit. angibt, sind durchgreifend.

Man kann nämlich nicht zugleich sagen, man besitze eine universitas, und doch einzelne Gegenstände besitzen wollen; sind vollends bewegliche Sachen Theile eines unbeweglichen Besitzthums geworden, so wäre es ja in Beziehung auf Usucapion parador und unpraktisch, eine andere Verjährungszeit für das Ganze, und wieder eine andere für die einzelnen Theile statuiren zu wollen.

Die bereits begonnene Ersitzung einer Mobilie wird durch ihre Verbindung mit einer andern Sache, gleichviel ob Immobilie oder Mobilie unterbrochen, wenn sie dadurch ihre Selbstständigkeit verliert, und blos als Bestandtheil des Ganzen in Betracht kommt. Alsdann kann sie mit dem Ganzen ersessen werden; Stephan im civilist. Archiv Bd. XXXI. S. 381.

Um aber Einzelnheiten schlechthin nur durch das Ganze zu besitzen und zu ersitzen, muß man wohl voraussetzen, daß erstere integrirende Theile des letztern geworden seyen. Integrirender Theil und nur zu solchem qualificirt sind z. B. die Thüren und Fenster an einem Hause, l. 59. D. 6. 1. die Planken am Schiff, die Räder am Wagen. Wenn z. B. der Wagen gestohlen ist, so kann er nicht usucapirt werden; wird nun diesem gestohlenen Wagen ein Rad eingesetzt, welches nicht gestohlen ist, so wird letzteres dennoch nicht usucapirt, weil nicht das Rad für sich, sondern der Wagen besessen wird. Eben so kann umgekehrt ein gestohlenes Rad mit dem ganzen Wagen zugleich usuca-

---

Jena an, — kann, sofern von einem jus in re aliena die Frage, z. B. Nutzung eines Gemeindegrundstücks gegen feste Abgaben, von einem Gutskäufer nicht auf die „Gutsübergabe, welche der Verkäufer ihm geleistet," gegründet werden, wenn auch der Käufer den vom Verkäufer stets geschehenen Bezug jener Nutzung behauptet. Es bedürfte eines speciellen Besitzactes des Klägers. Die Tradition hat, was den animus anlangt, andere Voraussetzungen bei dem Eigenthumsbesitz, und andere bei dem Besitz dinglicher Rechte anderer Art: Savigny Besitz. Ausg. 6. S. 576.

pirt werden, wenn nur dieser nicht gestohlen ist; s. v. Savigny Recht des Besitzes § 22.

Der Begriff eines integrirenden Theils ist aber nicht in dem Fall vorhanden, wenn ich einen Edelstein in einen Ring gefaßt habe; denn der Fingerreif ist nicht ein Theil des Edelsteins und umgekehrt, sondern beide lassen sich ungeachtet der Verbindung als selbstständige Sachen betrachten, cum utrumque maneat integrum, l. 30. § 1. D. 41. 3., wenn gleich nach dem präsumtiven Willen eines Disponenten das Eine als Hauptsache, das Andere als accessorium erscheint. Jede von beiden kann als eine Sache für sich besessen und ersessen werden, jede für sich ein Gegenstand des Verkehrs seyn.

Wenn ich aber ein Einzelnes durch das Ganze besitze, so wird vorausgesetzt, daß ich die Verbindung nicht mala fide vorgenommen habe; denn in diesem Fall hat der frühere Eigenthümer — abgesehen von den besonderen Bestimmungen im Betreff der Gebäude — eine actio ad exhibendum, nämlich auf Trennung, wo diese möglich ist, und dann die Vindication, oder auf Ersatz des Werths, wenn die Trennung nicht möglich ist: l. 23. D. 6. 1. — l. 7. § 1. D. 10. 4. — l. 7. §. 7. D. 41. 1. —

Zu b) Wenn ich eine bewegliche Sache mit einer unbeweglichen in Verbindung dergestalt bringe, daß erstere ein integrirender Theil der letztern wird, z. B. wenn ich Ziegel oder Säulen, deren Usucapion als einzelner Sachen ich noch nicht ganz vollendet hatte, in mein Haus verwende, so wird mein Besitz an den Ziegeln oder Steinen nicht unterbrochen. Der einmal an der Mobilie begonnene Besitz wird, wenn diese durch die Verbindung mit den Immobilien die Natur der letzteren angenommen hat, eben durch diese fortgesetzt. Es ist genug, daß ich das Haus besitze, l. 30. § 1. D. 41. 3. Der Grundsatz: „Neque enim recipi potest, ut eadem res et ut res soli et tanquam mobilis sit possessa" ist wohl nur in diesem Sinn zu verstehen. Vergl. jedoch Thibaut über den Verlust des Besitzes durch Verbindung zweier Sachen, im civilist. Archiv Bd. VII. S. 79.

Der Besitz einer mit einer unbeweglichen Sache als integrirender Theil vereinigten beweglichen Sache hört aber natürlich auf, Besitz derselben durch das Ganze zu seyn, sobald die Trennung erfolgt ist. So stellt z. B. l. 59. D. 6. 1. den Fall auf: der Bewohner eines Hauses hatte Fenster und Thüren in dasselbe eingesetzt; nach einem Jahr nahm sie der Eigenthümer des Hauses heraus, kann sie nun derjenige, welcher sie eingesetzt hat, vindiciren? Hierauf wird respondirt: id eum posse; nam quae alienis aedificiis connexa essent, ea, quamdiu juncta

manerent, eorundem aedificiorum esse; simulatque dempta essent, continuo in pristinam causam reverti. Vgl. l. 23. § 2. D. 41. 3. l. 23. § 7. D. 6. 1. — l. 7. § 10. u. 11. D. 41. 1. Der Eigenthümer des Hauses hatte die Fenster und Thüren zuvor nicht besessen, mithin konnte er durch das Haus auch nicht einen Usucapionsbesitz an denselben fortsetzen, s. Madai im civilist. Archiv Bd. XXV. S. 321.

Wird eine Mobilie mit einer andern Mobilie verbunden, so wird eben so wenig der Besitz der ursprünglich isolirten Mobilie durch diese Verbindung unterbrochen; denn hier geht ja nicht einmal eine Veränderung in ihrer Qualität vor, mithin werden beide fortwährend als bewegliche Ganze besessen und ersessen; mobilia permanent et utrumque manet integrum; l. 30. § 1. D. 41. 3., Madai l. c. Ein fortgesetzter Besitz läßt sich übrigens dann nicht denken, wenn ich eine bewegliche Sache so mit einer andern verbinde, daß jene ein ganz anderer Körper wird, als zuvor (Specificatio); denn dadurch hätte die Existenz der vorigen Sache in der That aufgehört, folglich auch ihr Besitz; l. 30. § 4. D. 41. 2., v. Savigny R. d. B. § 22.

Zu c) Wenn vor vollendeter Usucapion des Ganzen ein Theil getrennt wird, so entsteht dadurch ein neuer Besitz und also auch eine neue Usucapion an demselben. Erfolgt aber die Trennung erst nach vollendeter Usucapion des Ganzen, so tritt wohl auch ein neuer Besitz an den einzelnen Sachen ein, aber eine neue Usucapion ist nicht nöthig, weil das durch die bereits vollendete Usucapion erworbene Eigenthum durch die Trennung der Theile nicht aufgehoben wird. Eine Ausnahme hiervon tritt nur bei Baumaterialien ein, indem da, wenn das Haus und die Materialien verschiedenen Eigenthümern gehören, die vollendete Usucapion des Hauses deswegen nicht auch den Eigenthumserwerb an den fremden Materialien herbeiführen kann, weil nach besonderen Bestimmungen das Vindicationsrecht der letzteren so lang ruhen mußte, bis das Gebäude abgetragen wurde; l. 23. § 7. l. 59. D. 6. 1. — l. 7. § 11. D. 41. 1.*)

Zu 11) Da man eine Sache nicht besitzen kann, ohne sich ihrer als eines bestimmten Besitzgegenstandes bewußt zu werden, so wird vorausgesetzt, daß diese Bestimmtheit entweder dadurch bewirkt wird, daß der Theil auch für sich ein eigenes Ganze ausmachen kann, oder daß ein

---

*) Ueber diese Materie dient weiter zur Vergleichung: Braun Erörter. zu Thibauts System S. 302., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. 49. rc., Sintenis im civilist. Archiv Bd. XX. S. 75., Puchta im R. Lex. Bd. II. S. 50., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 204. not. 2.



arithmetisch bestimmtes Verhältniß des Theils zum Ganzen statfindet, nam incertam partem possidere nemo potest. l. 3. § 2. l. 26. D. 41. 2. — l. 32. § 2. D. 41. 3.

Zu 12) Durch das wesentliche Criterium des Besitzes, als einer solchen Bemächtigung der Sachen, daß ich darüber in jedem Augenblick nach Willkühr zu verfügen im Stande bin (denn nicht der wirkliche Usus, sondern nur das Vermögen dazu wird erfordert), wird der Begriff von Besitz da ausgeschlossen, wo dies der Fall nicht ist, l. 3. § 14. u. 15. D. 41. 2. sowie an Gegenständen, welche durch die Gesetze dem Verkehr entzogen sind, res divini juris, res omnium communes, res publicae, quae in publico usu habentur. Ein Schatz ist, selbst wenn ich weiß, wo er liegt, so lange nicht in meinem Besitz, als ich ihn nicht gehoben habe; l. 15. D. 10. 4. — l. 3. § 3 l. 44. pr. D. 41. 2. Denn es fehlt an der custodia, durch welche die factische Gewalt über die Sache hergestellt werden kann.

---

§ 3. Vom animus possidendi*), der bona fides und dem Einfluß des Irrthums.

1) Welchen Einfluß hat der Irrthum auf den animus possidendi? insbesondere beim Besitzerwerb durch einen procurator, falls dieser irrt, ich aber irre nicht, und umgewandt.
2) Wenn aus Irrthum der Besitz auf einen Andern übertragen worden ist, dem er nicht gehört, dieser aber die Sache bereits ersessen hat, kann dann noch auf Wiederabtretung des Besitzes wirksam geklagt werden?
3) Wenn ich von einem Pupillen, den ich aus einem verzeihlichen Irrthum für mündig hielt, oder von einem Wahnsinnigen, den ich nicht dafür erkannte, etwas in Besitz erlangt habe, kann ich daran Usucapionsbesitz behaupten?
4) Wie verträgt sich bona fides mit Irrthum?
5) Muß der animus possidendi förmlich bewiesen werden?

---

*) Zur Apprehension muß, wenn der Besitz erworben werden soll, immer der animus possidendi hinzukommen, so auch beim Stellvertreter. Bei juristischen Personen geschieht dies durch einen verfassungsmäßigen Beschluß. Wahnsinnige sind daher des Besitzerwerbs unfähig, in wie weit auch infantes, s. Puchta l. c. S. 58.



Zu 1) Ein bloßer Irrthum in der Bezeichnung schadet nicht, wenn man nur über den Gegenstand einig ist; aber ohne über den Gegenstand einig zu seyn, kann freilich der Besitz nicht erworben werden, errantis nulla voluntas est, s. Glück P. C. Bd. VIII. S. 120. Bei dem Erwerb durch einen Procurator schadet mir aber gleichwohl mein Irrthum nicht, wenn nur er nicht geirrt hat, und eben so wenig sein Irrthum, wenn ich nicht irre; l. 34. pr. § 1. D. 41. 2.

Zu 2) Die Klage auf Wiederabtretung des Besitzes, und zwar condictio incerti, wobei es auf bona oder mala fides des Beklagten nicht ankommt, findet allerdings gegen denjenigen, welcher die Sache indebite empfangen hat, Statt, wenn er sie gleich so lange besessen hätte, als zu einer Verjährung gegen den wahren Eigenthümer erfordert wird, wenn z. B. der Besitz einer fremden Sache indebite wäre übertragen worden; l. 15. § 1. D. 12. 6., Glück P. C. Bd. XIII. §. 835. S. 153.

Zu 3) Die l. 2. § 16. D. 41. 4. entscheidet den zweiten Fall bejahend: Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse etc.; nicht so würde aber in dem Fall zu entscheiden seyn, wenn ich von einem Pupillen, den ich für mündig hielt, ohne Autorität des Tutors kaufte, denn die Pupillen sind bekanntlich gegen die Ersitzung durch das Gesetz geschützt; l. 48. pr. D. 41. 1. Die l. 9. C. 7. 26., welche sagt: eum, qui a pupillo sine tutoris auctoritate distrahente comparavit, nullum temporis spatium defendit, könnte man zwar auch nur von dem Fall verstehen, wenn ich wissentlich von einem Pupillen kaufte, dagegen im Fall des Nichtwissens meine bona fides die Ersitzung schützen dürfte, und zu dieser Ansicht gibt die l. 2. § 15. D. 41. 4. Veranlassung, welche also lautet: Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicemus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione. Quodsi scias, pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu: quia juris error nulli prodest. Allein jedenfalls müßte hier ein verzeihlicher Irrthum vorausgesetzt werden, welcher im heutigen Recht nicht mehr anzunehmen, und bei unserer Beschaffenheit des Vormundschaftswesens nicht wohl denkbar ist. Hiernächst scheint aber auch die angeführte l. 2. § 15. D. 41. 4. einen ganz andern Sinn zu haben und von einem andern Fall, nämlich wenn der Pupill eine fremde Sache verkaufte, verstanden werden zu müssen. Diese Erklärungsart des Pulvaeus ad L. Atin. c. ult. hat zuletzt auch Cujac. in Obs. 24. 14. angenommen, welcher früher, um einen richtigen Sinn darin zu finden,

mit Jensius diese Stelle dahin emendiren wollte: ut hic plus sit in existimatione quam in re; s. Comm. ad tit. D. de usurpat. Vergl. Unterholzner Verjährungslehre Th. I. S. 128.

Zu 4) Bona fides, oder der Glaube, daß Niemand ein besseres Recht habe, die Sache zu besitzen, als ich selbst, s. l. 109. D. 50. 16. — l. 27. D. 18. 1. — l. 32. § 1. D. 41. 3. — sowie auch mala fides, in welcher ich mich dann befinde, wenn ich weiß, daß ich die Sache zu besitzen nicht berechtigt bin, s. § 35. J. 2. 1. — l. 38. D. 41. 3. — l. 2. pr. und § 1. D. 41. 4. — l. 7. § 17. D. 6. 2. — (conscientia rei alienae) ruht blos im innern Bewußtwerden, ist also rein subjectiv; die bona fides kann also wohl bestehen, wenn auch mein Glaube irrthümlich ist, denn l. 136. D. de R. J. (50. 17.) sagt: bona fides tantundem possessori praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est. Doch muß der Irrthum entschuldbar seyn.

Im Archiv für Civil- und Criminalr. der k. preuß. Rheinprovinzen Bd. XIV. S. 342. wird die Frage: ob derjenige, welcher von seinem Miterben ein untheilbares Haus gekauft hat, deswegen, weil er wußte, daß dieses Haus in einem Rechtsstreit begriffen war, als Besitzer im bösen Glauben anzusehen sey, verneinend entschieden.

Zu 5) Wenn das factum apprehensionis einen sichern Schluß auf den animus sibi habendi gestattet, wie besonders in Verbindung mit der causa possessionis sich gewöhnlich manifestiren wird, so wird der animus per consequentiam angenommen. Ist aber das factum dubiae interpretationis, und läßt es sich aus verschiedenen Absichten erklären, so läßt Leyser Sp. 452. M. 2. den Imploranten zur Beeidigung des gehabten animus zu.

---

§ 4. Causa possessionis und Wirkungen des Besitzes.

1) Was ist unter der causa possessionis zu verstehen, und was für eine Bedeutung hat die Regel: nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest?

2) Welches sind die rechtlichen Wirkungen des Besitzes?

3) Welche Vortheile knüpfen sich an den Besitz besonders im Proceß?

4) Befreiet die pro possessore streitende Vermuthung auch den Besitzer einer Gerichtsbarkeit, dem Landesherrn gegen-

über von der Darlegung seines Erwerbstitels? und findet überhaupt gegen den Landesherrn ein remedium possessorium Statt?

Zu 1) Die causa possessionis ist der Thatumstand, auf welchen sich der animus rem sibi habendi gründet; s. Puchta Lehrb. der P. § 111.

Der Grundsatz: nemo sibi ipse etc. hatte nach v. Savigny l. c. § 7. seine wesentliche Beziehung auf die ehemalige lucrativa usucapio, d. i. diejenige usucapio pro herede, welche gar keine Redlichkeit des Besitzes voraussetzte und kürzere Zeit erforderte, s. Gajus II. § 52. cf. l. 2. § 1. D. pro herede (41. 6.) l. 33. § 1. D. de U. et U. (41. 3.) Es ist also damit gesagt, daß, wer einmal aus einem besondern Grund zu besitzen angefangen hatte, diesen Besitz nicht willkührlich und mit dem Bewußtseyn der Unrechtmäßigkeit in eine possessio pro herede solle verwandeln können; Unterholzner in der Verjährungslehre Bd. I. S. 351. hält diese Vorschrift h. z. T. für entbehrlich, weil die lucrativa possessio nicht weiter im Gebrauche ist; sie kommt jedoch in den Gesetzen in mehreren Fällen in dem Sinne vor, daß derjenige, welcher bisher eine fremde Sache aus einem nicht zum juristischen Besitz geeigneten Grund inne hatte, diese nicht durch seinen blosen Vorsatz allein in einen juristischen Besitz solle verwandeln können; Gesterding in der Ausbeute rc. Th. V. Abth. 2. S. 62. sagt daher von dieser Regel nicht ohne Grund: „es mag wohl seyn, daß sie ganz besonders bei der poss. pro herede zur Sprache kam, oder diese gar zur Aufstellung derselben die erste Gelegenheit gab, aber daß sie sich auf sie allein beziehe, läßt der allgemein geltende Inhalt und der für alle Fälle des Besitzes gemeinschaftliche Grund nicht annehmen." Auch ist diese Regel selbst im neuesten R. R. als noch jetzt gültig gegeben, s. l. 5. C. 7. 32. Mehrere Rechtsgelehrte räumen deshalb der angeführten Regel noch h. z. T. eine ausgedehnte praktische Wichtigkeit ein, s. Pfeifer in der Abh.: was ist und gilt im R. R. der Besitz? § 14. bezüglich l. 1. § 2. D. 41. 6. l. 10. D. 5. 4. l. 2. § 21. D. 41. 4., Schilling Lehrb. f. Inst. u. Gesch. des röm. Privatr. Bd. II. §. 140. not. t. Vergl. Schroeter de antiqua juris regula, neminem sibi ipsi causam possessionis mutare posse, in Obs. jur. civ. Abh. 4. cap. 3. Quod vulgo respondetur, ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, toties verum est, quoties quis sciret, se bona fide non possidere, et *lucri faciendi causa* inciperet possidere. l. 33. § 1. D. 41. 3. — l. 2. § 1. u. 2. D. 41. 5. —

l. 5. C. 7. 32. — l. 23. C. 4. 65. — l. 3. § 4. u. 19. l. 18. pr. D. 41. 2. — l. 22. pr. D. 43. 26.*) Damit stehen diejenigen Gesetze in Verbindung, welche die gedachte Regel für unanwendbar in solchen Fällen erklären, wo an die Stelle der früheren eine andere gültige causa wirklich getreten ist; l. 19. § 1. D. 41. 2. — l. 10. D. 10. 4. — l. 33. pr. D. 41. 2. — l. 2. § ult. l. 3. D. 41. 4. — l. 1. § 2. D. 41. 6. — l. 3. § 20. D. 41. 2. — l. 6. § 3. D. 43. 26. oder auch, wenn der Besitzer die Beschaffenheit seines Besitzes selbst verschlimmert, z. B. den Usucapionsbesitz an einen Andern überträgt, und sofort nur precario besitzt; l. 18. D. 41. 2.

Zu 2) Schon anfänglich haben wir bemerkt, daß Schutz im Besitz (durch Interdicte) als die nächste und allgemeinste, unter besonderen Bedingungen aber Usucapion oder Erwerbung der Sache durch fortgesetzten Besitz, als vorzügliche Wirkung des Besitzes erscheint.

Diese beiden Wirkungen begreift man gewöhnlich unter dem jus possessionis. Als Folge des mit dem Besitz verbundenen prätorischen Eigenthums s. v. Savigny R. d. B. § 3. ist zu bemerken: wer eine — wenn gleich fremde — Sache so besitzt, daß er sie für sein Eigenthum hält, und aus einem juristischen Grund dafür halten muß (bona fide et justa causa), erwirbt an den Früchten, sowohl natürlichen, als industriellen, das Eigenthum nach l. 3. § 22. D. 41. 2. — l. 25. § 1. D. 22. 1. — l. 48. D. 41. 1. durch die bloße Separation.**) Dieses Eigenthum ist aber nur ein interimistisches, nämlich durch die vindicatio widerruflich, gibt ihm jedoch, wie jedes andere Eigenthum ein Recht auf Consumtion der Früchte; s. Mackeldey Lehrb, durchgesehen

---

*) Thibaut im System des P. R. § 220. wendet den Grundsatz auf den Besitz durch eine Mittelsperson an. Diese kann nämlich sich selbst durch den bloßen Entschluß den Besitz der Sache nicht anmaßen (nemo causam possessionis ipse sibi mutare potest), sondern nur durch facta z. B. bei Immobilien durch Entsetzung des Principals, bei Mobilien durch Ergreifen der Sache in diebischer Absicht.

**) Dies kann als die herrschende Lehre unter den Neueren bezeichnet werden. Ueber die mannichfaltigen wissenschaftlichen Streitfragen über die Beschaffenheit des Rechts, welches die b. f. possessio an den Früchten gewährt, welche zu weit von dem Zweck des gegenwärtigen Werks abführen würden, verweisen wir auf v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 550. no. 2. und die dort angeführte Literatur, ferner Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 241. u. Sintenis pr. Civilr. Bd. I. S. 427. not. 23. S. 484. not. 29., wobei übrigens nicht unbemerkt bleiben darf, daß die deutschen Rechtsansichten von den römischen Grundsätzen über den Fruchterwerb häufig abweichen, s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. § 165.

und mit vielen Anmerkungen und Zusätzen bereichert von Dr. Roßhirt Bd. II. § 266. Er muß aber auch bei der Perception in bona fide gewesen seyn; verendum, ne non sit b. f. possessor, quamvis capiat, l. 48. § 1. D. 41. 1., Glück Pand. E. Bd. VIII. S. 271. not. 90. was besonders nach canonischem Recht nicht zu bezweifeln ist.

Zu 3) In pari causa melior est conditio possidentis; — selbst wenn etwas aus einer schändlichen Ursache gegeben und empfangen wurde, heißt es: in pari turpitudine dantis et accipientis, possessoris conditio melior est. c. 3. X. de prob. l. 2. C. 4. 7. —

Der Besitzer ist nicht schuldig, den Titel seines Besitzes zu ediren, wenn nicht ein von den Gesetzen anerkanntes Interesse obwaltet, den Titel zu wissen; l. 11. C. 3. 21. — l. fin. C. 3. 32. — oder ihm eine Rechtspräsumtion entgegensteht: possessor, quatenus ei praesumtio juris communis resistit, titulum edere tenetur, s. Böhmers auserlesene Rechtsfälle Bd. III. Abth. 2. S. 643. Der Besitzer ist frei vom Beweis: l. 4. C. 2. 1. — l. ult. C. 3. 31. — § 4. J. 4. 15. wenn nicht eine gegentheilige stärkere Vermuthung die für den Besitzer streitende Vermuthung überwiegt*), und siegt bei gleicher Stärke der Beweise.

Ein fehlerfreier Besitz wirkt das Retentionsrecht.

Wer in gutem Glauben besitzt, braucht nicht für Verschlimmerungen der Sache Vergütung zu leisten; l. 25. § 11. l. 31. § 3. D. 5. 3. —

Der unvordenkliche Besitz gilt statt rechtlichen Titels.

Der Besitz unbeweglicher Güter befreit von Proceßcautionen (diesem Satz liegt indessen nicht eigentlich der Begriff von Besitz, sondern von Eigenthum [Besitzung, Grundbesitz] zu Grund).

Zu 4) Den unvordenklichen Besitz ausgenommen, wird diese Frage von den meisten Rechtsgelehrten verneint, weil bei einem nur durch landesherrliche Concessionen zu erlangenden Recht die stärkere Vermuthung für den Landesherrn streitet: C. 9. X. de probat. — C. 7. de privileg. in VIto., Stryck D. de jure familiarit. Cap. III. no. 9., Hert D. de quasi possidente probante. Sect. II. § 7. — wobei sich jedoch von selbst versteht, daß die Entziehung des Besitzes durch einseitige Regierungshandlungen nicht gültig geschehen könne, indem der

*) Ueber die Frage: ob bei der Negatorienklage der Beklagte von der ihm regelmäßig aufliegenden Last des Beweises der von ihm behaupteten Servitut wenigstens dann frei werde, wenn er sich im Besitz derselben befindet, s. Kap. III. v. d. Servituten § 6.



Gegenstand allerdings eine Justizsache ist; Glück P. C. Bd. III. § 189. in fin., vergl. von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Th. II. S. 248., über die Frage: in wie ferne der jüngste Besitz gegen den Landesherrn geltend gemacht werden könne? Der Verf. nimmt gegen Kind qu. for. cap. 45., welcher die Zulässigkeit des poss. summar. ordinarii contra Principem läugnet, vielmehr mit Beziehung auf Gönners Handb. des gem. deutsch. Proc. Th. IV. S. 456. und Strube Nebenstunden Th. V. Abh. 34. an: „der jüngste Besitz kann auch bei Hoheitsrechten gegen den Landesherrn geltend gemacht werden, in so fern und in so weit sie nach der Verfassung des Landes, nach der Beschaffenheit der Personen und nach der Art der Besitzungen in den Händen von Privatpersonen seyn können." Um so mehr wird die Zulässigkeit des poss. ordinarii unter diesen Bedingungen gerechtfertiget; s. Danz summarische Processe S. 74., Goeckel D. possessorium summarium an et quatenus adversus Principem subditis possit institui. Erlang. 1798.

---

§ 5. Qualification des Besitzes.

1) Ist jeder Besitz ein heimlicher zu nennen, welcher geheim ausgeübt wird?

1a) Muß die Fehlerfreiheit oder die Fehlerhaftigkeit des Besitzes bewiesen werden?

2) Da der Besitzer auch Gewalt zur Aufrechthaltung seines Besitzes gebrauchen darf, so fragt sich, wann eigentlich der Besitz durch angewandte Gewalt fehlerhaft wird?

3) Ist der Besitz als precario concedirt zu betrachten, wenn der Besitzer einer Durchfahrt oder seine Leute sich gewöhnlich vom Eigenthümer des Wegs den Schlüssel zur Oeffnung des von ihm angelegten Schlagbaums oder Thores erbeten haben?

4) Kann auch an einem öffentlichen Weg von Einzelnen, welche ihn in ihrem Privatinteresse als Privatweg benützen, ein Privatbesitz erlangt und dessen Schutz im Weg des Civilprocesses gesucht werden?

5) Was wird erfordert, wenn es darauf ankommt, eine fortdauernde Ausübung des Besitzes darzuthun?

Zu 1) Nein; sondern nur dann, wenn man ihn heimlich angefangen hat; non enim ratio obtinendae, sed origo nanciscendae

possessionis exquirenda est. Daher wird der Besitz dadurch, daß man ihn nach der Erwerbung erst zu verheimlichen anfängt, nicht clandestina possessio im juristischen Sinn, und eben so wenig wird umgewandt ein heimlich angefangener Besitz dadurch von seinem vitio geheilt, daß der Besitzer in der Folge dem Andern, gegen welchen er ihn anfangs verheimlichte, denselben kund gibt; l. 40. § 2. l. 6. pr. D. 41. 2., Hartitzsch Entscheidungen pract. Rechtsfragen no. 61. S. 54. Dagegen kann wohl die l. 4. pr. D. 41. 10. nicht in Betracht kommen. Hier behauptet zwar Pomponius gegen Trebatius das Gegentheil; allein wenn man dies auch nicht als eine blos singuläre Meinung desselben zu betrachten hätte, da sie vor und nach ihm keine Anhänger gefunden hat, so steht doch auch die Singularität des Falles einer weitern Anwendung entgegen. Es ist hier nämlich von dem Besitz des Kindes einer gestohlenen Sclavin die Rede, welche selbst der Ersitzung ganz entzogen war, wie denn überhaupt das besondere Recht in Ansehung der ancilla furtiva viel abweichendes hat; s. v. Savigny Recht des Besitzes §. 41., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. § 123.

Zu 1 a) Die Abwesenheit der Besitzfehler muß, so viel auch über l. 10. D. 8. 5. gestritten worden, s. Archiv f. civilist. Praxis Bd. IV. S. 89., Unterholzner Verjährung Bd. II. S. 189., Hasse Rhein. Mus. Bd. II. S. 394., Weber Beweisführung ed. Heffter S. 283. insbesondere auch nach Sächsischer Praxis, bis der, welcher solche behauptet, sie erweist, vermuthet werden, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in Ackermanns Rechtsf. N. F. I. S. 144. Eben so das O. A. G. in Cassel in mehreren Urtheilen, s. Strippelmann Entsch. Bd. VII. S. 359.

Zu 2) Es hat damit gleiche Bewandtniß; der Besitz unterliegt daher auch in dieser Beziehung einer Vitiosität nur dann, wenn man ihn mit Gewalt erlangt hat, l. 1. § 27. u. 28. D. 43. 16. — oder wenn man ihn zuvor heimlich erlangt, und den zurückkehrenden Eigenthümer mit Gewalt abgetrieben hat; l. 6. D. 41. 2. —

Zu 3) Die Eigenschaft einer Wegegerechtigkeit kann wohl damit bestehen, daß der Eigenthümer des praedii servientis zur Versicherung seines Eigenthums den Weg verschließbar gemacht hat und von ihm immer der Schlüssel abgefordert werden muß, wenn der Servitutberechtigte durchfahren will. Der Servitutinhaber ist deshalb auch einen eigenen Schlüssel zu fordern noch keineswegs berechtigt, wenn die Servitut nicht auf diese Weise constituirt war, daß auch ihm das Schließungsrecht zustehen soll; s. Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. VI. S. 353.

Auch kann, falls der Servitutinhaber oder seine Leute jederzeit unter bittenden Aeußerungen den Schlüssel zur Durchfahrt sich haben geben lassen, dieses wohl noch nicht für ein precarium entscheiden, wenn sich nicht Umstände hervorthun, welche den fort und fort geübten Besitz als die bloße Gewährung von Bitten bezeichnen. Das Appellationsgericht zu Leipzig hat in einem in Kritz Sammlung von Rechtsfällen Bd. I. S. 183. angeführten Erkenntniß den Negatorienkläger zum Erfüllungseid darüber zugelassen, daß während des in Frage gestellten temporis praescripti der Beklagte sich ein oder mehrere Male die Erlaubniß erbeten habe, auf dem streitigen Wege zu fahren. — Indessen möchte bei dem fortgesetzten Gebrauch weniger auf das Bitten, als auf eine erweislich beliebige Widerruflichkeit zu sehen seyn; Curtius Handbuch des im Königreich Sachsen geltenden Civilrechts § 443. not. 6. Th. II. pag. 31., Kritz l. c. wenn gleich das precario rogare nach l 1. § 3. l. 3. D. de precario (43. 26.) bei der Entstehung der Servitut entscheidend über ihre Eigenschaft ist.*)

Zu 4) In den praktischen Erörterungen von v. Langenn und Kori Bd. I. S. 229. (2. Aufl.) wird dies behauptet; allein in den dafür angeführten Gesetzen l. 1. D. 43. 7. — l. 2. § 2. D. 43. 8. wird wohl die Anrufung des obrigkeitlichen Schutzes im Gebrauch der res publica, nirgends aber die Betretung des Civilprocesses gestattet und in l. 2. § 2. cit. ist sogar ausdrücklich gesagt: loca publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque. Ein öffentlicher Weg kann, weil eben dessen Gebrauch nur im Interesse der Oeffentlichkeit dem Einzelnen gestattet wird, niemals von dem Einzelnen in der Eigenschaft als Privatweg benützt und besessen werden; l. 25. D. 8. 6. — C. F. Günther Obs. pragm. cap. I. Streitigkeiten Einzelner über den gestörten Gebrauch öffentlicher Wege sind als rein polizeilicher Art im Wege des Administrativ-Verfahrens von den Administrativ-Behörden zu verhandeln, wenn schon die Betretung des Civilprocesses für den Fall offen bleiben muß, daß der Einzelne durch die Behinderung seines Gebrauchs Schaden an seinem

*) Ausgenommen den Fall eines eigentlichen Vertrags, denn da heißt es: quae ab initio fuerunt voluntatis, post promissionem fiunt necessitatis. l. 5. C. 4. 10. — Ein acceptirtes Versprechen ist eben so unwiderruflich, wenn es gleich freiwillig und auf Bitten des Andern und nicht auf einen Rechtsgrund hin eingegangen ist. Der Promittent müßte sich den Widerruf ausdrücklich vorbehalten. Leyser Spec. 10. M. 4., Lyncker D. de bene placito, Vogel D. de precario § 18. Goett. 1786.

Vermögen erlitten hat, und dessen Ersatz von dem Behinderer fordert. Vergleiche W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen S. 475.

Es kommt nicht selten vor, daß der Staat oder eine Gemeinde den öffentlichen Weg höher oder tiefer legt, wodurch den anliegenden Hausbesitzern die Anknüpfung ihrer Verbindung mit demselben entweder unmöglich oder durch einen beträchtlichen Kostenaufwand beschwert wird. — Verschiedene Erkenntnisse in Ansehung der Frage, ob der Staat oder die Commune dem dadurch benachtheiligten Privaten Entschädigung zu gewähren verbunden sey? s. in Elvers Archiv Bd. II. H. 2. S. 304. Die ohne Zweifel richtigere Ansicht geht jedoch dahin, daß diesfalls der Staat oder die Commune dem Anlieger eine practicable Einfahrt prästiren müsse. Die Ertheilung der Bauconcession an den Bauenden ist ein Act, der diesem nicht blos Verbindlichkeiten auflegt, sondern auch außer der Befugniß zum Bauen Rechte gewährt. Der Bauende ist verpflichtet, nach der ihm ertheilten Vorschrift zu bauen, aber er erlangt dadurch auch das Recht auf die wesentlichen Bedingungen zum Gebrauch des Hauses und der Hofraith, sowie darauf, von dem Staat nicht gestört zu werden; s. Elvers l. c., Klüber öffentl. Recht § 552. Auch Seuffert im Pandectenrecht § 422. entscheidet sich für die Zulässigkeit des interd. ne quid in loco publ. gegen Anlagen einer Behörde in publico, welche einen Privaten benachtheiligen.

Zu 5) Man pflegt diese bis zum Beweis des Gegentheils aus einem ersten, mittleren und letzten Act zu schließen; Schweppe röm. Privatr. Th. II. § 223. no. 5., Kind qu. for. I. 60. Specielle Bestimmungen bei einzelnen Interdicten für jurium quasi possessio s. § 7. Fr. 3. u. 4.

---

§ 6. Uebergang und Verlust des Besitzes.

1) Geht der Besitz auf den heres suus ipso jure, und auf den heres extraneus durch die Erbschaftsantretung von selbst über?

2) Wird der Besitz nur so, wie er erworben wird, auch verloren, wie es nach l. 153. D. 50. 17. scheint: ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum?

3) Wird der Besitz auch durch Umwandlung der Sache in eine neue Gestalt verloren?

4) Geht mir der Besitz verloren, wenn ich die Sache nicht mehr finden kann? oder auch durch gänzliches Vergessen derselben, oder dadurch, daß ich sie mit Bewußtseyn unbenützt, und, wenn sie der Cultur bedarf, unangebauet lasse?
5) Können Kinder und Wahnsinnige den Besitz nicht verlieren?
6) Wie kann der Besitz durch Stellvertreter verloren gehen? Kann insonderheit ihre Untreue dies bewirken?
7) Wie gestaltet sich der Grundsatz, daß man den Besitz sowohl animo als corpore verlieren kann, in seiner Anwendung auf den Quasibesitz unkörperlicher Rechte?

Zu 1) Nein; mit dem Tod endigt sich der Besitz, die hereditas jacens ist nicht willensfähig, mithin ist dieses fingirte Rechtssubject auch nicht fähig zu besitzen. Die Erbschaftsantretung begründet blos den Rechtserwerb, aber keinen Besitz, l. 23. D. 41. 2. — l. 1. § 15. D. 47. 1. — Der Erbe muß ihn erst durch Ergreifung erlangen;*)

---

*) Irrig ist es ohne Zweifel, wenn Pfeiffer in den prakt. Ausf. Th. I. no. 15. gegen v. Savigny behauptet: Nur in Ansehung des Naturalbesitzes sey eine körperliche Apprehension nöthig, und davon spreche die l. 23. D. 41. 2. allein; dagegen zum Besitz im rechtlichen Sinne nicht, nach l. 30. pr. D. 4. 6. Dagegen bemerkt unter Beleuchtung der einschlägigen Gesetzesstellen Duncker in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 116. mit Recht, daß die l. 30. pr. sich nur auf die Usucapion bezieht, und eine Trennung des juristischen und factischen Elements des Besitzes, wie Pfeiffer versucht, sich aus den klarsten Zeugnissen unserer Rechtsquellen als durchaus unstatthaft ergibt. Um so weniger ist es zu vertheidigen, wenn Pfeiffer l. c. sogar den Besitz der Lehen eines Verstorbenen nebst den Allodialstücken ipso jure auf den Landerben übergehen läßt. Die Eigenthümlichkeit des Lehensverhältnisses konnte wohl eher umgewandt die Meinung veranlassen, daß das Lehen auf den Lehenserben ipso jure, also ohne der Apprehension zu bedürfen, in Besitz übergehe, s. d. Glosse zu II. F. § ult.; jedoch ist schon von Tiraquell P. 1. Decl. 4. no. 2. bemerkt, daß die Glosse nichts weiter sage als: der Lehensfolger erwerbe das Recht an Lehen ipso jure, über den Besitzerwerb aber nichts darin enthalten ist. — Daß eine deutsch-rechtliche Gewohnheit dafür entscheiden soll, daß wenigstens auf die Intestaterben der Besitz ipso jure übergehe, wie Schilter in Exercit. ad Pand. Ex. 15. § 11—15. behauptet, widerlegt sich aus den Erkenntnissen des vormaligen Reichskammergerichts, s. Mynsinger Cent. 3. obs. 38. Gaill II. obs. 129. sowie auch die für die Lehensfolge noch geltende Regel des altdeutschen Erbrechts: „der Todte erbt den Lebendigen" nur den ipso jure vor sich gehenden Erwerb des Rechts am Lehen bezeichnet; s. Eichhorn deutsch. Privatr. § 337. not. c. und § 353. Unzweifelhaft ist übrigens, daß, wenn ein Interdict durch die schon bei Lebzeiten des Besitzers vorgekommene Störung be-

dann kommt dem Erben aber auch für die Zwischenzeit vom Anfall bis zur Besitznahme der Erbschaft accessio possessionis zu statten; l. 31. § 5. D. 41. 3. — sowie er sich auch die Besitzhandlungen des Erblassers zurechnen kann. Selbst sui heredes bedürfen der Apprehension; l. 23. pr. l. 30. § 5. D. 41. 2. — l. 1. § 15. D. 47. 4. — Auch durch den Pachter oder einen andern Stellvertreter kann der Besitz nicht fortgesetzt werden, sondern der Erbe muß mit diesem erst eine neue Handlung vornehmen; l. 30. § 5. D. 41. 2. — v. Savigny l. c. S. 361. doch kommt dem Erben zur Usucapion auch der inzwischen durch den colonus ausgeübte Besitz zu statten, l. 30. § 5. D. 41. 2. — l. 44. § 3. D. 41. 3. wenn dieser mit keinem vitio behaftet war; l. 11. D. 44. 3. — s. übrigens von der accessio possessionis in der Usucapionslehre Kap. II. § 8.

Zu 2) Es ist durch die Uebereinstimmung aller andern Gesetzesstellen außer Zweifel gesetzt, daß nach v. Savigny's Erklärung der lex cit. s. Recht des Besitzes §. 30. und der ein Fragment derselben enthaltenden l. 8. D. 41. 2. das Wort uterque oder utrumque, welches den Auslegern so viel zu schaffen gemacht hat, nur so viel sagen will: tertium non datur, und der Nachdruck nicht auf das utrumque, sondern auf das in contrarium zu legen ist, wobei nicht entschieden werden wollte, ob corpus und animus copulativ oder alternativ wegfallen; s. Schweppe röm. Privatr. Th. II. § 221. Nicht immer nämlich bezieht sich der Ausdruck utrumque auf das Verbundenseyn zweier Begriffe, er wird gleich unserm deutschen beides auch so gebraucht, daß er nur überhaupt ein zweifaches bezeichnet und es unbestimmt läßt, ob dieses Zweifache verbunden oder getrennt zu denken sey; Paulus wollte l. c. nur ganz im Allgemeinen so viel sagen: wie der Besitz nur durch ein Zwiefaches erworben wird, so geht er auch nur durch das Gegentheil jenes Zwiefachen verloren. Auf Erörterung der Frage, worin das Gegentheil bestehe? läßt sich Paulus hier nicht ein; Brinkmann in der wissenschaftlich praktischen Rechtskunde Bd. I. S. 58. versteht, um jenen Anstoß zu heben, die in der Frage citirte l. 153. D. 50. 17. nur vom tradirten Besitze. Der Tradent verliert allerdings den Besitz nicht anders, als wenn er animo et corpore aufgehört hat, zu

---

gründet war, das Recht der Klage auf den Erben übergehe, desgleichen daß dem Erben, wenn an den zur hereditas jacens gehörigen Sachen von einem Dritten Besitz erworben wurde, das interd. quorum bonorum gegen den zusteht, welcher pro herede oder pro possessore besitzt, sowie das interd. quod legatorum gegen den Legatar.

besitzen. Solo animo wird übrigens der Besitz nur durch ein dem ursprünglichen Willen entgegengesetztes Wollen verloren; possessio recedit, ut quisque constituit nolle possidere; l. 17. § 1. l. 34. pr. D. 41. 2. — Solo corpore kann zwar der Besitz durch jede Begebenheit verloren gehen, durch welche meine physische Herrschaft über die Sache gänzlich aufgehoben ist, § 5. J. 4. 15. — l. 3. § 7. und 13. l. 25. § 2. D. 41. 2. — l. 4. C. 7. 32.; aber dabei bleibt, wenn der animus possidendi fortdauert, dennoch diesem, als der eigentlichen Grundlage des Besitzes, auch der Besitzschutz gegen denjenigen, welcher das corpus possessionis ohne die rechtliche Grundlage hat. Hiernächst ist noch zu beachten:

a) es muß, um mich des Besitzes verlustig zu machen, eine fremde Person seyn, welche sie mir unterschlägt; denn ist die Person selbst in meiner Gewalt, so bleibt durch sie ja auch die Sache unverändert darin; l. 15. l. 40. pr. D. 41. 2. —

b) auch kann an der fremden Person, welcher ich die Sache anvertraut habe, welche sie nun sich zueignen will, nicht ihre bloße Sinnesänderung schon bewirken, daß ich meinen Besitz verliere, sondern es muß noch eine äußerliche Thatsache, ein Wegbringen vom Ort, ein Verbergen oder Wegschaffen hinzukommen (furtum, contrectatio). So lange ich die Detention durch einen Andern ausüben lasse, kann mir auch das factum possessionis nicht entgehen, nam possidet, cujus nomine possidetur; l. 18. pr. D. 41. 2.

Solo corpore kann der Besitz ferner verloren gehen, wenn zahme Thiere sich verirren, oder wilde Thiere aus unserer Gewahrsam entrinnen, oder zahm gemachte Thiere die Gewohnheit des Wiederkehrens ablegen; l. 3. § 13. D. 41. 2. — § 12. J. 2. 1. — l. 3. § 2. l. 4. l. 5. pr. § 4. u. 5. D. 41. 1. — ferner durch den Untergang der Sache in Folge von Naturereignissen, oder wenn durch Gesetze die Sache von nun an dem Verkehr entzogen wird, oder wenn sie an einen uns unzugänglichen oder unbekannten Ort geräth; l. 13. pr. l. 25. pr. D. 41. 2. — An unbeweglichen Sachen geht mir, wenn ich durch physische Gewalt von einem Andern verhindert werde, den fundus zu begehen, oder auf irgend eine Weise mir alle Freiheit in der Behandlung der Sache benommen ist, der Besitz gleichfalls solo corpore verloren, l. 5. D. 41. 3. — l. 1. § 24. u. 47. l. 3. § 8. D. 43. 16. — doch nur dann, wenn ich nicht unmittelbar darauf durch entgegengesetzte Gewalt mich desselben wieder bemächtige; l. 1. § 29. l. 3. § 9. l. 17. D. 43. 16. denn dies gilt noch eben so als nothwendige Vertheidigung, wie wenn

ich in continenti ein auf meinem Eigenthum vom Andern angelegtes Werk zerstöre; l. 7. § 3. l. 20. § 1. l. 22. § 2. D. 43. 24. — l. 29. § 1. D. 9. 2. — l. 27. pr. D. 8. 2. — l. 3. § 9. D. 43. 16.*), Glück P. C. Bd. X. § 668. S. 75. — Damit steht in Verbindung, was die Gesetze zum Schutz eines Abwesenden verordnen. Dieser soll nämlich auch durch das blos eigenmächtige Eindrängen eines Andern den Besitz so lange nicht verlieren, als er durch erlangte Kunde nicht in den Stand gesetzt war, den Eingedrungenen zurückzutreiben, l. 46. D. 41. 2. l. 18. § 3. 4. eod. Da ist also die physische Unmöglichkeit, meine physische Herrschaft über das unbewegliche Gut beliebig zu reproduciren, nicht hinreichend, den Besitz zu entziehen, so lange sie nicht zu meinem Bewußtseyn gekommen ist. Habe ich aber Wissenschaft erlangt, und unterlasse die Dejection des eingedrungenen Fremden, dann habe ich den Besitz von der Zeit der erlangten Wissenschaft an verloren; l. 5. D. 41. 3. — l. 1. § 24. u. 47. l. 3. § 8. D. 43. 16. — eben so auch, wenn ich mein Grundstück aus Furcht vor einer bevorstehenden — nicht blos irrig vorgestellten — Gewalt verlasse, l. 1. § 20. l. 3. § 6. 7. 8. D. 41. 2. — l. 33. § 2. D. 41. 3. — l. 9. pr. D. 4. 2 — Metus praesens qualificirt, wenn der Drohende wirklich occupirt hat, zum interdict. unde vi, außerdem zur actio quod metus causa gegen den Occupanten; l. 1. § 29. D. 43. 16. — l. 9. pr. D. 4. 2. — Neustetel und Zimmern römisch-rechtl. Untersuchungen Bd. I. S. 134, v. Vangerow Pand. Bd. I. § 207. not. 2.

Zuweilen kann bei der Frage über den Besitzstand auch die Polizei mit der Justizbehörde zusammenstoßen. Z. B. A. setzt seinen Zaun auf dem ihm angeblich eigenthümlichen Boden weiter vorwärts; der Nachbar B., welcher unter demselben einen Keller hat, beschwert sich bei der Polizeibehörde und bewirkt die Zurücksetzung des Zauns auf die vorige Stelle. A. klagt nun gegen den B. und gegen die Polizeibehörde, in seinem Besitz des Grund und Bodens spoliirt zu seyn. Er mußte aber abgewiesen werden, sowohl in der Klagsrichtung gegen die Polizeistelle, weil diese in ihren Gränzen gehandelt hatte und nur ihrer Oberbehörde verantwortlich war, als gegen den B., weil dieser nur durch Hülfe der Polizei nach der Feldgerichtsordnung die Wiederherstellung des vorigen Standes bewirkt hatte; s. Zu-Rhein und Sartorius Samml. merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 49.

*) Anders ist es freilich beim protecto, jedoch aus einem ganz natürlichen Grund; interest enim quod hic in *suo* protexit, ille in alieno. l. 29. § 1. D. 9. 2.

Uebrigens muß man den in Beziehung auf Usucapion bedeutsamen Unterschied zwischen Turbation des Besitzes und Dejection wohl beobachten. Solche Unterbrechungen, bei welchen die Möglichkeit fortbesteht, die physische Herrschaft nach Willkühr zu reproduciren, bewirken nicht den Verlust des Besitzes.

Zu 3) Allerdings; s. l. 30. § 4. D. 41. 2. so auch, wenn eine zusammengesetzte Sache in einzelne Theile zerlegt wird, fängt an diesen ein neuer Besitz an; l. 23. § 2. D. 41. 3.

Zu 4) Es kommt hier nur überall darauf an, ob sich die Sache noch in meiner Gewahrsame befindet. Ist sie z. B. wirklich noch in meinem Hause, so hebt meine Gedächtnißschwäche meinen Besitz nicht auf, l. 3. § 13. D. 41. 2. — Habe ich sie durch Vergraben verwahrt, so bleibt sie in meiner Gewahrsame und ich kann, wenn ich nur den Ort weiß, wo sie sich befindet, meine Herrschaft darüber beliebig reproduciren, so lange sich nicht ein Anderer durch Ausgraben in deren Besitz gesetzt hat; l. 44. pr. D. 41. 2., v. Savigny R. d. B. S. 186. — Ist meine Sache an einen unzugänglichen Ort gerathen, so kann ich sie freilich nicht mehr besitzen; l. 13. pr. D. 41. 2. — und weiß ich endlich gar nicht, wo sich die Sache befinden soll, so kann man auch nicht sagen, daß ich sie besitze; l. 25. pr. D. 41. 2. — Durch bloßes Vergessen wird der Besitz eben so wenig, als durch Nichtgebrauch verloren, sondern nur durch einen entgegengesetzten Entschluß; l. 3. § 6. D. 41. 2. — Der animus non possidendi kann entweder ein erklärter seyn, oder wie beim Constituto possessorio in einer bestimmten Handlung beruhen.

Vermuthet kann derselbe nicht werden, daher z. B. der Vindicant noch auf das interd. uti possidetis zurückgehen kann; l. 12. § 1. D. 41. 2. — vergl. v. Savigny l. c. § 32.; er wird jedoch zuweilen aus Handlungen, welche keine andere Auslegung übrig lassen, geschlossen; namentlich wenn ich ohne irgend einen Abhaltungsgrund mein Gut lange Zeit hindurch unangebaut lasse, § 7. J. 2. 6. — l. 37. § 1. D. 41. 3. — l. 4. C. 7. 32.*) was aber freilich der Fall nicht ist bei Grundstücken, deren Benutzung ihrer Bestimmung gemäß nur zu gewissen Zeiten wiederkehrt; l. 3. § 11. l 44. § 2 in f. D. 41. 2. — l. 1. § 25. D. 43. 16. oder wenn ich aus Furcht vor Kriegsunruhen von der Anbauung abgehalten ward; cit. l. 4. C. 7. 32.

Zu 5) Die l. 27. l. 29. D. 41. 2. sagen: furiosus non potest desinere animo possidere. Dieser Satz wird von Mehreren in solcher

*) Vergl. unten Kap. II. § 8. Occupation Fr. 2.



Allgemeinheit behauptet, daß sie den Besitz einer Immobilie durch die Handlung eines Andern nie verlieren könnten, wenn sie auch körperlich dejicirt würden; s. v. Savigny R. d. B. § 32., Schweppe röm. Privatr. Th. II. S. 37., Löbenstern in der Zeitschr. f. Civilr. und Proceß Bd. IX. S. 394. — Richtiger aber scheint es zu seyn, wenn man mit v. Vangerow l. c. § 207. not. 1 annimmt, der Rechtssatz: furiosus non potest desinere animo possidere kann nur da in Anwendung kommen, wo quis *solo animo* fundum possidet, aber durch körperliche Dejection kann, da es in einem solchen Fall nicht auf das Bewußtseyn ankommt, allerdings Besitzverlust angenommen werden; quod est enim facti, potest amittere; l. 29. cit.

Zu 6) Es können beim Besitz durch Repräsentanten viele Fälle eintreten, wo der Besitz gerade so für mich verloren geht, als wenn ich ihn unmittelbar ausgeübt gehabt hätte. Z. B. ich wagte nicht, denjenigen zu vertreiben, der durch einen, ohne mein Wissen, von meinem Pächter mit ihm eingegangenen Verkauf in mein Grundstück gelangt ist, oder mein Pächter verliert die Sache so, daß weder er noch ich sie mehr finden kann, oder mein Repräsentant wird durch Gewalt vertrieben; denn procuratore dejecto ipse dominus dejici de possessione videtur, l. 1. § 22. D. 43. 16. sowie umgewandt, wenn ich selbst dejicirt würde, es mir keinen Schaden brächte, wenn nur mein Stellvertreter sich im Besitz behaupten würde, quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt; l. 1. § 45. D. 43. 16.

Alle diese Fälle sind von der Art, daß nicht eigentlich das Repräsentativ-Verhältniß zunächst die Ursache des Verlusts des Besitzes ist, daher diese Fälle keine besondere Behandlung erfordern, sondern nur diejenigen, wo durch Nachlässigkeit oder Untreue des Repräsentanten mein Besitz etwa verloren gehen könnte, und zwar:

1) an den Repräsentanten selbst; hier gilt, wenn es Immobilien betrifft, der obige Grundsatz, daß mir der Besitz erst von der Zeit an verloren gehen kann, wo ich die Untreue in Erfahrung gebracht habe, ohne alsbald die Recuperation des Besitzes zu bewirken; — ist aber eine bewegliche Sache Gegenstand des Besitzes, so kann ich diesen zwar nicht durch bloße Willensänderung meines Repräsentanten verlieren, wohl aber, wenn ein äußeres, dieser entsprechendes factum hinzugekommen ist (furtum, contrectatio) l. 3. § 18. D. 41. 2.*) Ueber die Vereinbarung dieser Gesetzesstelle mit l. 47. D. 41. 2. s. v. Savigny l. c. § 33.

---

*) Neue Ansichten über das possessorische Klagrecht des juristischen Be-



2) An einen Dritten durch dolus oder Nachlässigkeit des Repräsentanten. — Voraus ist hier zu bemerken, daß, wenn die Sache durch dolus oder Nachlässigkeit des Repräsentanten blos verlassen steht, nach neuerem Recht gar kein Zweifel darüber obwaltet, daß ich den Besitz fortwährend behalte, und mein animus unter diesen Umständen genügt; l. 31. D. 4. 3. — l. 3. § 8. l. 44. § 2. D. 41. 2. — l. 7. pr. D. 41. 4. — aber wenn indessen ein Dritter entweder durch Tradition oder Verrath oder Nachlässigkeit meines Repräsentanten in den Besitz gelangt ist, ob da nicht für mich der Besitz verloren sey, darüber bestehen noch jetzt entgegengesetzte Meinungen unter den Rechtsgelehrten. Zwar hat Justinian in l. 12. C. 7. 32. folgendermaßen entschieden: definimus, ut sive servus sive procurator, vel colonus vel inquilinus corporaliter nactam possessionem dereliquerit vel alii prodiderit*) desidia forte vel dolo, ut**) locus aperiatur alii, eandem possessionem detinere nihil penitus domino praejudicii generetur. — — Hoc etenim sancimus, ut dominus nullo modo aliquod discrimen sustineat ab his, quos transmiserit. Nun wird aber wieder über den Sinn dieser Entscheidung gestritten. Einige halten nämlich dafür, sie beziehe sich blos auf den ersten Fall (si procurator possessionem dereliquerit), welcher ihrer Meinung nach allein streitig gewesen sey, man dürfe daher in Ansehung des zweiten Falls, wenn nämlich zur Dereliction noch die Apprehension eines Dritten hinzugekommen ist, nicht annehmen, daß Justinian die ältere Lehre, daß da der Besitz für den Herrn verloren sey, l. 33. § 4. D. 41. 3. — l. 40. § 1. l. 44. § 2. D. 41. 2. habe abändern wollen; s. Thibaut über Besitz und Verjährung § 23. not. 1. und System d. P. R. § 220. Ed. 8., Brauns Dictaten § 307., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 209. S. 299. mit Beziehung auf Hufelands Darstellung der Rechtslehre vom Besitz S. 163., Fritz Erläuterungen S. 230. — Dagegen bemerkt v. Savigny

---

sitzers gegen seinen Repräsentanten s. Ludwig Schmidt in Linde's Zeitschr. Bd. XIV. S. 13. Sie sind durch die Voraussetzung bedingt, daß der Rechtsgrund der Interdicte wirklich in dem Verbot der Selbsthülfe zu suchen sey.

*) Die deutsche Uebersetzung des corpus jur. geht hier sehr weit, wenn sie prodiderit anstatt „treuloser Weise Preiß gibt" also übersetzt: „einem Andern verrätherischer Weise überliefert," wodurch auch ein Pleonasmus wegen des nachfolgenden ut etc. entsteht.

**) Die Genfer Ausgabe (Genevae 1656) hat vel statt ut, was gewiß zu verwerfen ist.

im R. d. B. § 33., daß vom ersten Fall gar kein Widerstreit der römischen Rechtslehrer erweislich sey,*) dagegen er in Ansehung des zweiten Falls offenbar vor Augen liege, wenn man mit den so eben angeführten Gesetzstellen die l. 3. § 6—9. D. 41. 2. vergleicht. Die kaiserliche Entscheidung begreife daher den zweiten Fall so gut wie den ersten. Dieser ganz ungezwungene und durch den Schlußsatz: ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat und dominus *nullo modo* aliquod discrimen sustineat ab his, quos transmiserit nachdrucksam bekräftigten Erklärung der l. 12. C. 7. 32., wonach der Eigenthümer weder durch Nachlässigkeit noch durch Treulosigkeit (Verrath oder Uebergabe) seines Stellvertreters Verlust erleiden soll, stimmen außer den älteren Schriftstellern Lyncker de interversa possessione. Giess. 1672., Mylius Disqu. jur. l. fin. C. de acqu. vel am. poss. ac remedio inde competenti. Lips. 1690., Struben rechtliche Bedenken Bd. I. Bed. 139., unter den neueren bei: Schweppe röm. Privatr. Bd. II. § 222., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. § 241. (Ed. III.), Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 239., Valett Lehrb. d. prakt. Pand. Rechts § 214., Löbenstern in Linde's Zeitschrift Bd. IX. S. 388., s. auch v. Tigerström die b. f. poss. § 52., Kierulff Civilrecht S. 398. Immerhin wird man aber, wie Mackeldey l. c. bemerkt, die l. 12. C. 7. 32., indem sie vom servus sive procurator, *vel colonus* vel *inquilinus* spricht, nur vom Besitz unbeweglicher Sachen zu verstehen haben, welchen auch die anderen übereinstimmenden Gesetzstellen l. 3. § 7. u. 8. l. 46. D. 41. 2., welche den Grundsatz aussprechen, daß daran der Besitz solo animo fortwährend erhalten werden könne**), vor Augen haben, insbesondere

*) Dieser will nämlich zwar aus l. 40. § 1. D. 41. 2. bewiesen werden, wo es nach dem vorhergegangenen Satz: si colonus — decessisset — non statim dicendum, eam (sc. possessionem) interpellari — nach der florentinischen Lesart weiter heißt: *aliud* existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit. Allein die Lesart anderer Manuscripte, welche statt *aliud* vielmehr *idem* haben, setzt die Richtigkeit jener Lesart sehr in Zweifel. Für diese Lesart der andern Msc. ist der Zusammenhang der ganzen Stelle, indem die nun weiter folgenden Worte: *sed haec ita esse vera*, si nemo extraneus eam rem interim possederit etc. beide vorhergehende Sätze zugleich umfassen, dagegen sie nach der Florentiner Lesart sehr gezwungen blos auf den entfernteren Satz bezogen werden müßten; s. v. Savigny l. c. § 33.

**) Dies ist z. B. auch dann der Fall, wenn der factische Bestandtheil des Besitzes dadurch aufgehört hat, daß in der Person des Stellvertreters eine

l. 25. § 2. D. 41. 2: Quaeritur utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero — quod quasi magis probatur — usque eo possideamus, donec revertentes nos aliquis repellat — et videtur utilius esse. Auch nach der deutschrechtlichen Ansicht von der Gewere wird der unrechtmäßig entzogene Besitz als nicht wirklich entzogen angesehen, somit bei demjenigen, der nicht die factische Gewere hatte, doch eine Gewere angenommen und derselbe gegen Dritte geschützt, s. Mittermaier Grunds. d. d. Privatr. § 150. (137.), Sintenis d. prakt. gem. Civilr. Bd. I. § 45. S. 462.

Zu 7) Der Quasibesitz kann, wie der eigentliche Besitz animo und corpore verloren werden; animo durch den Willen nicht mehr zu besitzen, wobei es gleichgültig ist, ob das äußere Factum der Ausübung ebenfalls aufhört oder aber fortdauert, corpore nicht schon durch Nichtausübung des Rechts, sondern erst durch die Unmöglichkeit, sich wieder in die beliebige Ausübung des Rechts zu versetzen. Insbesondere

a) in den Fällen, wo sich der Quasibesitz mit der Detention der dem Recht unterworfenen Sache verbindet, geht der Besitz mit der Detention der dienenden Sache verloren.

b) Bei Rechten, welche zur Vornahme einzelner getrennter Handlungen berechtigen, wird der Besitz fortgesetzt vor Allem, so lange der Berechtigte selbst oder durch einen Andern die Handlung vornimmt. Es ist gleichgültig, wer die Handlung vornimmt, wenn sie nur als ein mit dem herrschenden Grundstück verbundenes Recht, also fundi nomine vorgenommen wird, l. 1. § 7. l. 3. § 4. D. 43. 19. Aber auch wenn die Ausübung unterbleibt, ist der Besitz noch keineswegs verloren, sondern erst wenn die Ausübung factisch unmöglich gemacht wird, z. B. wenn der Quasibesitzer durch persönliche Abwehr oder durch eine die Handlung verhindernde Anstalt abgehalten wird.

c) Bei Realservituten, die zur Einrichtung einer mit dem herrschenden Grundstück verbundenen Anstalt auf dem dienenden berechtigen,

---

Unfähigkeit, den Besitz auszuüben, eingetreten ist; l. 25. § 1. l. 40. § 1. D. 41. 2. Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur, et continuaretur, quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum, cum dominus possessionem adipisci neglexerit. — L. 30. § 5. D. 41. 2. retinere animo possessionem possumus, adipisci non possumus.

z. B. einen Balken in der Mauer des Nachbarn zu haben, wird der Quasibesitz sowohl durch den Verlust des Besitzes des herrschenden Gebäudes, als auch durch die Veränderung desjenigen Zustandes, in dem die Ausübung besteht, verloren, jedoch in dem letzteren Fall nicht schon durch eine temporäre Veränderung des Zustandes, z. B. wenn wegen einer Reparatur der Balken hinweggenommen wird, sondern erst dann, wenn der Besitzer gehindert ist, nach Belieben jenen Zustand wieder herzustellen.

d) Der Quasibesitz negativer Servituten, z. B. des Lichts, der Aussicht ꝛc. geht verloren entweder durch den Verlust des Besitzes des herrschenden Guts, oder durch den Eintritt des jenem Vortheil entgegengesetzten Zustandes, also dadurch, daß der Gegner das thut, was er vermöge der Servitut zum Vortheil des herrschenden Grundstücks unterlassen sollte.

e) In Beziehung auf Rechte, deren Inhalt in einer positiven Leistung des Verpflichteten besteht, ist zu bemerken, daß der einmal erworbene Besitz nicht schon dadurch verloren ist, daß die Leistung überhaupt ausbleibt, sondern erst wenn der Verpflichtete die Leistung mit der Behauptung der Freiheit davon wirksam verweigert.

f) Bei allen Fällen des Quasibesitzes, wo die Ausübung in einem Thun des Berechtigten oder des Verpflichteten besteht, kann die bloße Nichtausübung nur dann den Verlust des Besitzes bewirken, wenn sie eine gewisse Zeit hindurch fortgedauert hat. So namentlich bei den Servituten, abgesehen von den servitutes praediorum urbanorum, bei denen von der andern Seite eine libertatis usucapio hinzukommen muß, s. Puchta in Weiske's Rechtslexikon Bd. II. S. 71., vergl. Kap. III. § 5. Fr. 3. u. 13. von Endigung der Servituten.

---

§ 7. Von den Rechtsmitteln in Betreff des Besitzes.

A. Interdicta retinendae possessionis. Possessorium ordinarium und summarium.

Dig. XLIII. 17. Cod. VIII. 6. uti possidetis.
Dig. XLIII. 31. Utrubi.

Die Praxis statuirt außer dem remedium spolii zwei Arten des Besitzstreites:

a) possessorium summarium oder summariissimum vel momentaneum,

b) possessorium ordinarium.

Will man die römischen Interdicta retinendae*) (uti possidetis und utrubi) vel recuperandae possessionis (unde vi und de precario) in diese Kategorien des Proceßrechts einfugen, worüber jedoch die Rechtsgelehrten nicht einig sind, indem Einige das interd. uti possidetis dem possessorio ordinario**), die Meisten aber dem summariissimo subsumiren, so wird man mit Leyser Sp. 499. Med. 1. sagen dürfen: solas retinendae possessionis causas possessorii summarii, ceteras omnes ordinarii objectum esse. So auch Schaumburg Princ. prax. S. II. c. 4. § 2., welcher die adipiscenda und recuperanda possessio auf das ordinarium und die retinenda possessio auf das summariissimum bezieht. Treffend bezeichnet v. Savigny R. d. B. § 50. das summariissimum als ein provisorisches interdictum uti possidetis. Dieser provisorischen Natur ist es auch zuzuschreiben, daß im summariissimo nicht auf die vitia possessionis gesehen wird, wenn sie nicht in continenti liquid sind, Glück P. C. Bd. X. S. 246., Heerwart in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 172., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. § 559.

Ob das possessorium summariissimum auf die Fälle beschränkt werden sollte, für welche es durch die K. G. O. v. J. 1555. Th. 2. Tit. 21. § 3. bestimmt ist, wovon der Gerichtsbrauch häufig das Absehen nimmt, s. Schweppe l. c. ist zweifelhaft. Die Heidelberger Facultät hat sich darüber folgendermaßen ausgesprochen: „Zwar ist das poss. summariissimum unbestreitbar zu dem Zwecke durch die Reichsgesetze und durch die Praxis ausgebildet worden, um Gewaltthätigkeiten und Störungen des öffentlichen Friedens vorzubeugen. Allein daß solche Störungen wirklich vorgenommen seyen, wird eben so wenig erfordert, als daß wenigstens

*) Eigentlich kann nur von Einem interd. retinendae poss. die Rede seyn, nachdem Justinian die Verschiedenheit zwischen dem auf den Besitz unbeweglicher Sachen ursprünglich gerichteten interd. uti poss. und dem auf den Besitz beweglicher Sachen gegangenen interd. utrubi aufgehoben hat; § 4. J. 4. 15. Ein besonderes Interdict dieser Art ist aber dem missus in possessionem gegeben, dessen Grund sich erläutert findet in Schweppe röm. Privatr. Bd. III. § 577.

**) S. Boehmer Doctrina de actionibus L. II. c. IV. § 15., Hommel Rhaps. Obs. 178.

eine Besorgniß vor denselben in concreto bestehen müsse. Nach der Praxis genügt die Berufung auf den jüngsten Besitz, und auf Nichtanerkennen desselben von Seiten des Beklagten; s. Emminghaus Pand. d. gem. Sächs. R. S. 226. no. 64., Heerwart in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 167."

Besondere Schwierigkeiten in dieser Materie haben sich bei Uebertragung der zunächst dem körperlichen als dem eigentlichen Besitz geltenden Regeln auf den Besitz unkörperlicher Gegenstände (jurium quasi possessio) ergeben. — Unbestritten zwar ist der Besitz der persönlichen Servituten mit dem interd. uti poss. vel utrubi geschützt. In Ansehung der Realservituten gilt dasselbe wenigstens für solche Handlungen, welche im Besitz des herrschenden Guts selbst ausgeübt werden, s. l. 8. § 5. D. 8. 5. agi poterit, jus esse, fumum immittere. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti; für den Besitz der superficies ist das interd. de superficie bestimmt, welches wie jenes zu behandeln ist, s. v. Savigny R. d. B. § 47. Alle diese Fälle — lehrt Puchta Vorles. rc. Bd. I. § 139. haben das mit einander gemein, daß sich hier die Frage nach dem gegenwärtigen Besitz eben so natürlich entscheiden läßt, wie bei der corporis possessio. Dies ist dagegen nicht der Fall bei dem Besitz der Realservituten, welche zu einer Handlung auf dem dienenden Grundstück, oder auch einer Vorrichtung auf demselben, welche aber mit dem herrschenden in keiner unmittelbaren körperlichen Verbindung steht, berechtigen. Zwar sind im R. R. für einzelne Verhältnisse solcher Art, in welchen das Bedürfniß vornämlich erkannt wurde, besondere Interdicte mit Entscheidung der Frage nach dem gegenwärtigen Besitz gegeben, z. B. das interd. de itinere actuque privato, de cloacis, de aqua, de rivis, de fonte etc. Allein für andere ähnliche Servitutrechte sind keine speciellen Interdicte gegeben, und da fragt es sich

1) ob bei deren Mangel auf das interdictum uti possidetis recurrirt werden könne?
2) Ueberhaupt ist in Betracht zu ziehen, in welchen Beziehungen die vorbemerkten speciellen Interdicte von dem interd. uti possidetis der vera possessio abweichen?
3) Bei den für jurium quasi-possessio gegebenen speciellen Interdicten, wo usus pro possessione ist, mußten die Gesetze nothwendig eine nähere Bestimmung darüber geben, wie viele Handlungen erforderlich sind, und was für einen

Zeitraum sie umfassen müssen — insbesondere beim interd. de itinere? endlich von wem die Handlungen vorzunehmen sind?

4) Ist auch bona fides ein nothwendiges Erforderniß zu den speciellen Interdicten?
5) Finden die interd. retinendae auch gegen den Statt, welcher meinen Besitz ex jussu vel mandato gestört hat?
6) Gehen diese Interdicte auch auf und gegen die Erben über?
6[a]) Kann auch derjenige, welchem der Besitz auf vitiose Weise vom Beklagten entzogen worden ist, demungeachtet gegen gegen denselben mit dem interd. uti possidetis wirksam auftreten?
7) Kann damit neben der Restitution auch Ersatz der Kosten und Schäden und Caution de non amplius turbando gefordert werden?
8) Kann derjenige, welcher im interd. uti poss. Sieger geworden ist, wenn er nachher in petitorio unterliegt, noch zur Restitution der vor seiner Einlassung in petitorio percipirten Früchte schuldig erkannt werden?
9) Muß die Klage auf Schutz im älteren Besitz (possessorium ordinarium) durch einen Erwerbstitel begründet werden?
10) Findet dieselbe blos in foro rei sitae oder auch in foro domicilii Statt?
11) Nach welchen Grundsätzen hat der Richter sich zu benehmen, wenn
    a) beide Theile zu besitzen behaupten,
    b) wenn Besitz- und Eigenthumsfrage zugleich an ihn gelangt? z. B. A. klagt als Erbe und Besitzer eines Hauses, in welchem B. eine Wohnung inne hat, gegen diesen auf deren Räumung. B. gesteht einen Theil des Hauses als Commodat inne gehabt zu haben, jedoch stehe ihm auf das ganze Haus ein besseres Recht zu, als dem Kläger, weil er in näherem Grad Erbe des Vorbesitzers sey?
12) Findet im poss. summariissimo auch eine Intervention Statt?
13) Ist im possessorischen Proceß auch Restitution zulässig?
14) Wenn der Besitzer des Grundstücks, über welchen der Andere sich einen Weg anmaßt, in poss. summariissimo Schutz der natürlichen Freiheit begehrt, hat er da den Besitz der Freiheit zu beweisen, oder genügt der Beweis, daß er das Grundstück besitze?

15) Wenn gegen eine Gemeinde im possess. summariissimo auf Schutz im Besitz geklagt wird, müssen die ruhigen Besitzhandlungen gegen alle Gemeindeglieder ausgeübt worden seyn?

16) Können auch andere rechtliche Zustände, z. B. aus dem Familienrecht dem interd. uti poss. unterworfen werden?

Zu 1) Die Meinungen hierüber sind sehr getheilt.*) Eine unüberwindliche Schwierigkeit scheint besonders der Anwendbarkeit des Interdicts auf solche Servituten entgegenzustehen, welche durch einzelne von Zwischenräumen getrennte Handlungen ausgeübt werden, quae non habent cer-

*) Auf was immer für eine Realservitut (aliquod jus fundi nach l. 20. D. 8. 1.) anwendbar erachten das interd. uti poss. Thibaut im civilist. Archiv Bd. I. S. 111. und im System § 769. Ed. 8., Braun Erörterungen zu § 624., Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. § 297., Roßhirt im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 41., Voet Comm. ad Pand. Lib. 43. tit. 6. § 1. u. a. Das Gegentheil vertheidigt v. Vangerow Pand. Bd. I. § 335., Cujac. Comm. ad tit. D. de usurpat. ad l. 4. voc. si viam etc. Opp. T. I. pag. 1116., Rauschenplat de onere prob. in neg. act. pag. 29., Wiederhold das interd. uti poss. S. 48., indem sie das genannte Interdict bei jeder Art der Realservituten für völlig unanwendbar erklären. Andere gestehen dessen Anwendbarkeit auf serv. praediorum urbanorum wohl zu, nicht aber auf serv. praed. rust., v. Savigny R. d. B. § 46., Schweppe röm. Privatr. § 564., Albert das interd. uti poss. S. 109. not. 3., Heerwart in Linde's Zeitschrift Bd. XII. S. 147. § 3. Letzterer läugnet besonders die Ausdehnung auf negative in non faciendo bestehende Servituten, und eben so die Statthaftigkeit des possessorii summariissimi in Ansehung derselben, s. aber dagegen v. Savigny l. c. § 46. S. 606. not. 1., Albert l. c., Roßhirt im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 44.

Für die Zulässigkeit des interd. uti possidetis zur Abwehr von Dienstbarkeits-Anmaßungen spricht ein Erkenntniß des O. A. Ger. in München in Seuffert und Glück Bl. f. R. A. Bd. XIII. S, 158. — Das gedachte Interdict verjährt durch Ablauf eines Jahrs von Zeit der Störung nicht in der Hauptsache, sondern nur bezüglich der Kosten und Schäden, l. 1. pr. D. 43. 17., Bl. f. R. A. Bd. XV. S. 128.

Bei Anstellung dieses Interdicts hat der Implorant blos das factum der Störung seines aus dem Eigenthumsrecht fließenden Besitzes zu beweisen, aber keineswegs liegt ihm der Beweis ob, daß der Implorat sich in einer juris quasi-possessio nicht befinde, oder daß ihm eine Servitut nicht zustehe, vielmehr muß Implorat beweisen, daß er sich im Besitz des bestrittenen Dienstbarkeitsrechts befinde, l. 8. § 3. D. 8. 5. — Seuffert Erörter. Abthl. II. no. 16. S. 73. ꝛc., Borst über die Beweislast im Civilproceß S. 106. 2. Ausg., Richter Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen no. 64.

tam continuamque possessionem, wie z. B. l. 14. D. 8. 1. von der Wegservitut sagt: nemo enim tam perpetuo tam continenter ire potest, ut nullo modo possessio ejus interpellari videatur, daher nicht wohl zu erkennen ist, wer zur Zeit der Klagerhebung sich im Besitz befunden hat, wie denn auch l. 4. § 27. D. 41. 3. in solchen Fällen die dejectio für unmöglich erklärt. In der Praxis hat sich aber sehr allgemein die Ansicht fixirt, und mußte sich wegen des unverkennbaren Bedürfnisses dahin fixiren: da einmal bei juribus in re ein Besitz oder Quasibesitz im R. R. angenommen sey, so müsse auch die ganze Besitzlehre, wie sie bei körperlichen Sachen ausgebildet erscheint, analog auf den Quasibesitz nach allen Beziehungen ausgedehnt werden, und so wird denn bei den übrigen serv. rusticis, für welche in den Gesetzen keine eigenen Interdicte gegeben sind, wie z. B. für das Weiderecht auf fremdem Grund, ein interd. uti poss. utile, s. Stryck U. M. P. Lib. 43. tit. 19. § 1., Schweppe röm. Privatr. Bd. III. § 564. oder besser die Analogie der vorangeführten speciellen Interdicte statuirt, s. Heerwart l. c. S. 180., G. F. Puchta Lehrb. d. Pand. § 139., mithin auch bei ihnen das possessorium summariissimum angewendet, W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen § 93., jedoch ohne den Charakter der Duplicität *) und ohne die (s. Fr. 3.) bei der Weggerechtigkeit vorkommende Singularität auch auf die andern in einem Handeln bestehenden Servituten in Anwendung zu bringen. — Das praktische Bedürfniß **) des in der Theorie so vielfach bestrittenen Besitzschutzes für solche Servituten, auf welche das interd. uti poss. nicht paßt, und welche doch auch nicht mit besonderen Interdicten versehen sind, hat endlich auch bei v. Savigny das Uebergewicht erlangt, indem er dafür die Spolienklage zu Hülfe nimmt, s. die 6. Ausgabe des Rechts des Besitzes. Diese praktische Vermittelung für die Streitfrage, ob auf jene Servituten die römischen Interdicte angewendet werden sollten oder nicht, konnte nicht ohne mehrere Anhänger bleiben; s. Duncker Lehre v. d. Reallasten S. 106., Roßhirt Lehrb. d. Civilr. § 229., W. H.

---

*) S. hierüber vorzüglich v. Buchholz Versuche S. 108. Beitrag zu der Lehre von den interdictis duplicibus, vergl. v. Vangerow Pand. Bd. I. § 336.

**) Die Justizkanzlei zu Hannover erkennt dieses nicht an, indem sie, der älteren v. Savigny'schen Theorie anhangend, statuirt: bei Realservituten sey das interd. uti poss. nur in dem Fall zulässig, wenn die dazu veranlassende Störung zugleich den Besitz des herrschenden Grundstücks mit afficire, s. jurist. Ztg. f. d. Königr. Hannover Jahrg. 1844. S. 182. So auch Flach in den Entscheidungen des herzogl. Nassauischen O. A. Ger. Thl. I. S. 1.

Puchta über die gerichtlichen Klagen § 55., v. d. Pfordten im civilist. Archiv Bd. XXII. S. 23. mit dem Beisatz, daß bei denjenigen serv. rusticis, für welche keine besondern Interdicte ausgebildet sind, eine einzige Besitzhandlung nicht genügend erachtet werden könne, indem die ganze Natur der serv. rust. ein mehrmaliges Handeln zum Begriff ihres Besitzes fordere. *) Eine vollständige Zustammenstellung aller Meinungen und ihrer Repräsentanten in diesem nun wohl auf die bemerkte Weise abgethanen Streit gibt Pfeiffer in den praktischen Ausführungen Bd. VII. S. 417—477. und fügt die von dem O. A. Ger. in Cassel angenommenen Grundsätze folgendermaßen bei:

I. Der Gebrauch der gewöhnlichen possessorischen Rechtsmittel und namentlich das interd. uti poss. utile findet auch zum Schutz der Servituten und servitutähnlichen Rechte Statt.

II. In denjenigen Fällen, wofür das römische Recht besondere Interdicte gegeben hat, ist der Gebrauch der allgemeinen im römischen Recht begründeten possessorischen Rechtsmittel, namentlich des interd. uti poss. für gänzlich ausgeschlossen zu halten.

III. In Beziehung auf die Wegegerechtigkeit jedoch könne das interd. uti poss. in allen den Fällen gebraucht werden, wo die eigenthümliche Beschaffenheit dieser Servitut eine solche Ausübungsweise gar nicht zuläßt, wie sie zur Begründung eines solchen Besitzes, durch welchen der Gebrauch des interd. de itinere gesetzlich bedingt ist (s. Fr. 3.), erforderlich seyn würde; wo also namentlich ihr Gegenstand in Handlungen solcher Art bestehet, die nach der objectiven Beschaffenheit und dem dadurch bestimmten Zwecke der in Frage stehenden Servitut gar nicht so oft in einem Jahre, als es zur Anstellung des interd. de itinere erfordert wird, vorkommen können.

Zu 2) Man kann mit Donell. ad l. un. C. uti poss. von diesen Interdicten sagen: proposita non sunt possidenti, sed ei, qui hoc anno usus est. Daher wird bei ihnen nicht gefragt, ob der Besitz nur gestört oder aufgehoben sey, wie gegen Albert l. c. § 36. von Heerwart l. c. § 27. ausgeführt ist. Wenn aber Heerwart

*) S. dagegen Pfeiffer l. c. S. 457., Duncker Lehre v. d. Reallasten S. 99. u. 108. Wohl möchte mit Seuffert in seinen Erörterungen Abthl. II. S. 59. angenommen werden dürfen: „der Richter hat in dem einzelnen vorkommenden Falle aus dem Zusammenhange, der Wiederholung, der besonderen Beschaffenheit der einzelnen nachgewiesenen Handlungen sein Urtheil darüber zu bestimmen, ob in denselben ein usus juris enthalten gewesen sey."

l. c. § 8. sagt: „es werden diese Interdicte auch dem gegeben, welcher in der letztern Zeit vor Anstellung derselben die Dienstbarkeit vi, clam oder precario übte", so ist dies nicht wohl zu erklären; denn alle Gesetze, s. l. 1. § 1. 2. l. 3. D. 43. 19. — l. 1. § 10. u. 20. D. 43. 20. — fordern absolut, daß die Ausübung dieser Servituten — das interd. de cloacis allein ausgenommen — in der gesetzlich bestimmten Periode nicht vi, clam oder precario geschehen seyn darf. Die l. 3. D. 43. 19. dient übrigens nur zur Erläuterung des Begriffs von clam, und selbst das poss. summariissimum als abgekürztes int. uti poss. schließt die exc. vi, clam, precario nicht aus, sondern fordert nur deren sofortige Liquidmachung.

Gedachte specielle Interdicte, welche nicht allein gegen den Besitzer des dienenden Grundstücks, sondern auch gegen jeden sonstigen Störer nach l. 3. § 5. D. 43. 19. — l. 1. § 25. 26. D. 43. 20. zustehen, weichen von den Interdicten der vera possessio darin ab, daß sie auf den Erben ipso jure übergehen. Dieser kann daher, wenn er auch noch gar nicht selbst die Dienstbarkeit ausgeübt hat, den Quasibesitz seines Erblassers für sich geltend machen, l. 2. § 3. D. 43. 1. — l. 3. § 6. 8. 9. 10. l. 5. § 2. D. 43. 19. — l. 1. § 37. D. 43. 20. — l. 2. § 3. D. 8. 6., dagegen bekanntlich die possessio vera nicht auf den Erben übergeht, sondern von diesem selbst ergriffen werden muß.

Bei diesen speciellen Interdicten muß ganz besonders auch auf den animus gesehen werden; servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit etc. l. ult. D. 8. 6. Albert l. c. § 110., Heerwart l. c. § 8. u. 21., während bei der vera possessio die Abwesenheit der drei Hauptmängel genügt; Mevii Dec. P. IX. Dec. 165.

Der Nutznießer begründet durch seine Ausübung für den Eigenthümer die Interdicte nicht, l. 3. § 4. D. 43. 19., obschon seine Ausübung für wirksam gilt, um dem Eigenthümer den Besitz der Sache selbst zu erhalten, l. 9. D. 41. 2.

Zu 3) Gleichmäßiges Erforderniß für die durch Handlungen auszuübenden Servituten ist es, daß die Ausübung in dem Jahr vor Zeit des ausgebrachten Interdicts stattgehabt haben müsse,*) l. 1. pr. § 3.

*) Eine Ausnahme macht utilitatis publicae causa das interd. de cloacis reficiendis, wenn man diese Servitut mit Heerwart l. c. in diese Kategorie und nicht vielmehr mit v. Savigny l. c. S. 185. zu den mit dem Besitz eines Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehenden Dienstbarkeiten rechnen will.

11. D. 43. 19. — l. 1. pr. § 9. D. 43. 21. — l. un. pr. § 5. D. 43. 22. — Wenn eine Servitut von der Art ist, daß sie nur in einer Hälfte des Jahrs, oder wie beim Mast-, Weide- und Jagdrecht nur während einer noch kürzeren Zeit des Jahrs benutzt werden kann, oder benutzt zu werden pflegt, l. 1. § 34. l. 6. D. 43. 20., so genügt, daß sie in einer der beiden Gebrauchszeiten benutzt worden ist, welche der Anstellung des Interdicts vorangingen; l. 1. § 29. 33. 34—36. D. 43. 20. — l. 1. pr. D. 43. 21. Wird das Interdict während des Laufs einer Gebrauchszeit angestellt, so wird diese mitgezählt, s. Heerwart l. c. § 18. Zufällige oder durch Gewalt eines Dritten verursachte Verhinderung der Ausübung im letzten Jahr läßt so wie andere gesetzliche Restitutionsgründe noch die Berufung auf das vorhergehende Jahr zu; l. 1. § 9. D. 43. 19. cf. l. 1. § 23. D. 43. 20. Eine Hauptbedingung dieser Interdicte ist übrigens, daß keine Veränderung in der Gebrauchsweise der Servitut vorgenommen sey, es wäre denn, daß sie blos in einer Verminderung bestanden hätte; l. 1. pr. § 5. D. 43. 19. — l. 1. pr. § 15—18. 29. D. 43. 20. — l. 1. pr. D. 43. 21. — l. un. pr. § 6. 9. D. 43. 22.

Was die Anzahl der Handlungen betrifft, so genügt deren Eine; l. un. D. 43. 22. — l. 1. § 31. 36. l. 1. § 4. 22. l. 2. D. 43. 20., Mittermaier der deutsche gem. bürgerl. Proceß Beitr. III. S. 218. (vergl. jedoch Note * S. 51.) Nur bei den Weggerechtigkeiten findet sich die Singularität in l. 1. § 2. D. 43. 19. ad tuitionem Praetoris pertineat, si modo eo anno usus est vel modico tempore id est non minus quam triginta diebus. Wörtlich scheint damit freilich die besonders bei der Fahrgerechtigkeit mit der Beschaffenheit und dem Bedürfniß der Landwirthschaft unvereinbarliche und daher unbegreifliche Anforderung gemacht, daß man, um nur den Besitz nicht zu verlieren, sehr oft seine Gerechtigkeit ohne eigentlichen Zweck und ohne Bedarf selbst zum Verderb des Wegs ausüben müßte. Wenn Heerwart l. c. § 16. dieses mit v. Savigny l. c. S. 591. not. 1. der 6. Ausg. aus einer andern Beschaffenheit der Güter in Italien erklären will, so bleibt doch immer noch, wie v. Vangerow l. c. bemerkt, unerklärbar, wie der Gesetzgeber ein höchst summarisches Verfahren mit einer so enormen Ueberladung von Proceduren zu belasten hätte beabsichtigen können, 30 einzelne Handlungen an 30 verschiedenen Tagen durch den hier wohl allein möglichen Zeugenbeweis zu constatiren. Gewiß muß man daher die von v. Vangerow Pand. Bd. I. § 355. not. 1.*) gewählte

*) Uebereinstimmend mit Althof das interd. de itinere actuque privato § 31—39., Hoffmann Lehre von den Servituten Bd. II. S. 268.,

Erklärung willkommen heißen: „zu dem interd. de itinere ist man berechtigt, wenn man nur im letzten Jahr, wenigstens während 30 Tagen, so daß die erste und letzte Handlung mindestens einen Zeitraum von 30 Tagen entfernt sind, die Weggerechtigkeit ausgeübt hat." *) — Hiernach würde es genügen, wenn nur innerhalb eines solchen Zeitraums mehrere Handlungen ausgeübt worden wären. Nach l. 1. § 12. l. 2. l. 6. D. 43. 19. schadet es auch nichts, wenn der Inhaber der Servitut dieselbe im letzten Jahr zuweilen vi, clam vel precario ausgeübt hat, wenn er nur außerdem die hinlängliche Zahl fehlerfreier Tage für sich hat.

Eine Eigenthümlichkeit hat auch das interd. de itinere reficiendo, indem bei dessen Gebrauch das Daseyn der Servitut selbst bewiesen werden muß, daher h. z. T. die act. confessoria leichter zum Ziel führt, bei welcher doch nicht neben dem Recht auch der Besitz bewiesen werden muß, s. v. Savigny l. c. § 46.

Unzweifelhaft kann die Ausübung der Weggerechtigkeit nicht nur persönlich, sondern auch durch Pächter, Bedienstete und Beauftragte bewirkt werden. Es ist aber auch wohl Kori nicht zu tadeln, wenn er in den prakt. Erörterungen Bd. I. S. 229. (2. Aufl.) sagt: daß auch ein Wirth durch seine Gäste den Besitz der Weggerechtigkeit behaupten

---

Tübinger Zeitschr. f. R. W. Bd. II. S. 349.; s. indeß dagegen v. Savigny Recht des Besitzes S. 591. 593. ꝛc., Sintenis pr. Civilr. Bd. I. S. 593. not. 24.

*) In einem Erkenntniß d. O. A. G. Jena v. J. 1842 wurde ausgesprochen: „Die eigenthümlichen Grundsätze, welche das römische Recht über das interd. de itinere actuque privato enthält, sind auf das poss. summariissimum nicht anwendbar. Die C. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit. 21. § 1—3. bestimmt, daß letzteres nicht allein wegen Besitzes von Gütern, sondern auch wegen Besitzes von Gerechtigkeiten stattfinden soll; es sind die Grundsätze, welche überhaupt vom Besitze gelten, maßgebend. Gar wohl kann also Der, welcher eine serv. viae bis 1839 ausgeübt hat, 1842 auf dessen Schutz antragen. Durch Nichtausübung wird, wenn keine dejectio oder animus derelinquendi hinzutritt, der Besitz nicht bei dergleichen Rechten verloren, l. 1. § 24. 25. D. 43. 16. Die einjährige Verjährung bezieht sich nur auf den vollen Schadenersatz, l. 1. pr. D. 43. 17. — l. 4. D. 43. 1., kann auch hier nicht eintreten, weil die Voraussetzungen der Verjährung, Widerspruch des Gegners und Beruhigung dabei, fehlen. Der Wegberechtigte war also fortwährend Besitzer. Da der Wegleidende ein Mandat gegen ihn ausgebracht, und darauf Jener obigen Besitz bescheinigt hatte, so mußte der Wegleidende, obschon Kläger, zu Unterlassung aller Beeinträchtigung verurtheilt werden, weil judicium duplex vorliegt." s. Emminghaus Pand. S. 422. no. 37.

könne, s. l. 1. § 7. D. 42. 19. is, cujus colonus aut *hospes* aut *quis alius* iter ad fundum fecit, usus videtur itinere et idcirco interdictum habebit. Et haec ita, — etiamsi ignoravit, cujus fundus esset, per quem iret; cf. v. Savigny l. c. S. 537.*)

Ueber die Anwendbarkeit der possessorischen Rechtsmittel auf deutschrechtliche Reallasten s. Heerwart in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 322., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. VI. S. 37. u. 52.

Zu 4) Bei dem interd. de aqua wird in l. 1. § 10. 19. D. 43. 20. der gute Glaube ausdrücklich gefordert. Von Einigen wird derselbe auch bei den übrigen speciellen Interdicten für nöthig angesehen. Diese von Menoch und Westphal auf l. ult. D. 8. 6. wegen der doch wohl nur auf den animus possidendi zu beziehenden Worte: qui suo jure uti se credidit gegründete Meinung vertheidigt neuerlich Heerwart in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 192. § 22. gegen v. Savigny l. c. §. 44. und Albert vom Besitz körperlicher Sachen § 132.; da er aber wenigstens einräumen muß, daß hier so wenig wie bei der Verjährung die bona fides eines positiven Beweises bedürfe, so wird in Praxi doch immer das nec vi, nec clam, nec precario das entscheidende Gewicht behaupten. Vergl. Kap. III. §. 1. Ersitzung der Servituten, Fr. 10. not.* —

Zu 5) Auf das interd. uti poss. möchte sich wohl nicht schlechterdings anwenden lassen, was Paulus vom interd. de vi in l. 7. D. 43. 16. sagt: non enim excusatus est, qui jussu alicujus dejecerit, non magis quam si jussu alicujus occidit. Es kann nämlich die Möglichkeit angenommen werden, daß der jussor diejenigen Handlungen, welche der Kläger für Besitzstörungen erklärt, zu rechtfertigen vermöge, für welchen Fall dem Vollzieher des Befehls nominatio autoris und folglich die Ausscheidung aus dem Proceß nicht zu versagen seyn dürfte, s. Albert d. interd. uti possidetis § 40., Kori Theorie d. sächs. summar. Proc. Thl. 2. Kap. 11. § 116.

Zu 6) Oben schon wurde bemerkt, daß der in der Ausübung behinderte Besitznachfolger sich auch auf die Besitzhandlungen seines Vorgängers berufen könne, s. auch Leyser Sp. 508. Med. 12., Mevii Dec. P. III. Dec. 92.; eine andere Frage ist es aber, ob das durch eine dem Vorbesitzer widerfahrene Störung schon begründete Interdict vom Besitznachfolger und gegen denselben angestellt werden dürfe?

*) Ueber die Materie von den Weggerechtigkeiten ist zu vergleichen: Brinkmann wissenschaftlich-praktische Rechtskunde Bd. I. S. 47., die v. Savigny'sche Lehre vom summar. in ihrer Anwendung auf Wegstreitigkeiten.



Was nun

a) den activen Uebergang des schon erwachsenen Interdicts betrifft, so wird diesem von Einigen nur in Ansehung des Singular-Nachfolgers widersprochen, s. Heerwart l. c., er läßt sich aber schwerlich auch für den Universal-Nachfolger anders als etwa in Ansehung des id quod interest und allenfalls in so fern denken, als in der dem Vorgänger widerfahrenen Störung eine Bedrohung des Besitzes des Nachfolgers liegt, das Interdict aber auch schon wegen bedrohter Störung stattfindet; Albert l. c. § 158. u. 159., Mackeldey Lehrbuch Bd. II. § 233. Nach sächsischem Gerichtsbrauch wird wegen einer dem Vorfahrer widerfahrenen Besitzstörung das possessorium ordinarium und remedium spolii dem Universal- und auch dem Singular-Successor gestattet, das possessorium summarium aber nur dem Universal-Successor; hingegen der Singular-Successor muß selbst den neuesten Besitz ausgeübt haben und darin gestört worden seyn, s. Pfotenhauer Besitzproceß S. 50., Biener Systema Proc. § 269.

b) Der passive Uebergang gegen Singular-Nachfolger ist wohl ganz unbedenklich zu verneinen; in Betreff des Universal-Nachfolgers sind die meisten Rechtslehrer derselben Meinung, s. Thibaut System § 227. Ed. 8., Mackeldey l. c. § 233., Albert l. c. § 162., Schmidt von Klagen und Einreden § 56., Einige jedoch mit der Einschränkung, daß der Erbe noch ad id, quod ad eum pervenit, nach dem Maaß der Erbschaftskräfte belangt werden könne, s. Heerwart l. c. § 32.

Zu 6 a) Scheinbar ist dieses in Widerspruch mit dem Begriffe eines interd. retinendae poss., s. v. Savigny Recht d. Bes. § 37. S. 486., Sintenis pr. Civilr. Bd. I S. 467., aber nach der Ausführung der Neuern, insbesondere v. Vangerow Pand. Bd. I. § 336 ꝛc., Puchta Institut. Bd. II. S. 507 ꝛc., Keller in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft XI. 3. S. 332., Rudorf ebendas. XI. S. 333., welcher das O. A. G. in Oldenburg gefolgt ist, s. Seuffert's Archiv Bd. VII. H. 1. S. 54., fällt dieses Bedenken vermöge der Duplicität der interd. retin. poss. hinweg, zufolge deren zwischen Kläger und Beklagten gar kein Unterschied vorkommt, sondern in denselben Fällen, in welchen die eine Parthei condemnirt werden, auch die andere einer Verurtheilung unterliegen kann. Mithin muß der Beklagte, wenn er den Besitz von dem Kläger auf vitiose Weise erworben hat, eben so wohl condemnirt werden können, als anerkanntermaßen der

Kläger condemnirt werden kann, wenn er den Besitz von dem Verklagten vi, clam oder precario erworben hat; mit anderen Worten, nicht blos Derjenige, welcher zur Zeit der Anstellung des Interdicts wirklich noch den Besitz hat, kann wirksam mit einem interd. retinendae poss. auftreten, sondern auch Derjenige, dem der Besitz von dem Verklagten auf eine vitiose Weise entzogen worden ist.

Zu 7) Gegen Albert vom Besitz unkörperlicher Sachen § 143., welcher aus l. 3. D. 43. 1. — l. 1. § 40. D. 43. 16. — l. 8. § 4. 6. D. 43. 26. folgert, daß nur von Zeit des interdicti editi das id quod interest verlangt werden könne, geht die gewöhnliche Meinung nach l. 3. § 1. D. 43. 19. — l. 1. § 23. D. 43. 20., v. Savigny l. c. § 38., Heerwart l. c. § 30., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 43. tit. 19. § 8. tit. 20. § 7. dahin, daß auch hier und bei den Interdicten überhaupt*) die allgemeine Verbindlichkeit zum Ersatz des durch widerrechtliche Handlungen verursachten Schadens anzunehmen sey. Der Beweis des durch heimliche oder gewaltsame Besitzstörung zugefügten Schadens kann vom Kläger auch durch den Schätzungseid geführt werden, Glück P. C. Bd. XII. S. 411. Der von Einigen widersprochene Anspruch auf Cautionsleistung, s. Leyser Sp. 508. Med. 15., Albert über das interd. uti poss. § 135., welcher indessen nach v. Savigny l. c. § 38. in so fern Statt zu finden scheint, als das Recht des Richters, eine solche Caution aufzulegen, schon in dem allgemeinen Recht der Execution begriffen werden kann, wird h. z. T. nicht leicht in Frage kommen, nachdem der Gerichtsbrauch zweckmäßig die Androhung einer namhaften Geldstrafe auf den Fall des Zuwiderhandelns an die Stelle gesetzt hat, s. Mittermaier der deutsche bürgerl. Proceß Beitr. IV. S. 329. 337., Leyser l. c.

Zu 8) Diese bestrittene Frage müßte freilich mit Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 41. tit. 1. § 115., Stryck Us. mod. Lib. 43. tit. 17. § 6. schlechthin verneint werden, wenn der Sieg im

---

*) v. Vangerow, dessen eigenthümliche Theorie des Besitzes und der Besitzrechtsmittel in ihren Abweichungen von v. Savigny und den sonstigen gewöhnlichen Meinungen zum besonderen Studium empfohlen werden muß, differirt auch hier, s. Leitfaden für Pandecten-Vorlesungen § 336. S. 612.: „Hat der Besiegte die Inhabung, so wird er h. z. T. stets zur Herausgabe der Sache selbst condemnirt, während sich dies im früheren R. R. natürlich anders verhielt; denn da nur auf eine Geldsumme condemnirt werden konnte, so wurde der Besiegte immer nur zur Bezahlung des Besitzwerthes verurtheilt. Auf anderweiten Schadenersatz gehen dagegen die interd. retin. poss. niemals."

Interdict oder im possess. summariissimo zugleich für den guten Glauben entscheidend wäre, da aber in diesem Verfahren die Frage über bona oder mala fides nicht immer Gegenstand der Untersuchung ist, — denn die Frage über Abwesenheit der drei Besitzmängel ist doch immerhin eine andere, als die Frage über den guten Glauben, — so kann auch der Sieg im Interdict der künftigen Entscheidung keinen Abbruch thun, wenn sich im petitorio ergibt, daß mala fide besessen wurde, welche sofort die Restitution der Früchte nach sich ziehen muß, s. Albert das interd. uti poss. § 145—148. Ja sogar wird behauptet, daß der Sieger im poss. summar. noch selbst in die Kosten dieses Verfahrens verurtheilt werden könne, wenn er hinterher in ordinario oder petitorio unterliegt; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. S. 174.

Zu 9) Wenn mehrere Rechtsgelehrte antiquiorem possessionem titulatam erfordern, s. Leyser Sp. 499. Med. 5., Mevii Dec. P. V. Dec. 178., Pfotenhauer über die ger. Verf. in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen § 2., so rührt dies daher, daß man das poss. ordinar. als ein Mittelding vom possessorium und petitorium betrachtete, welches das canonische Recht zwischen beide eingeschoben habe. Dabei fehlte es dann aber an allen nähern Bestimmungen, woran der s. g. bessere oder rechtmäßigere Besitz erkannt werden sollte, und die Grenze zwischen possessorium und petitorium wurde völlig verwischt. Man darf es nun aber wohl als allgemein anerkannt annehmen, daß das possessorium ordinarium nur das eigentliche römische interd. uti poss. vel utrubi ist, zu welchem sich das summariissimum als bloße Sicherheitsmaßregel verhält, welche nach der Ord. Cam. v. J. 1555. P. II. tit. 21. § 3. u. Conc. Ord. Cam. P. II. tit. 22. § 4. u. 5. „bis zu endlichem Austrag des endlichen Rechtens in possessorio und petitorio keinem Theil an seinem Inhaben oder Besitz im Recht nachtheilig seyn soll." Die irrigen Ansichten können aus dem c. 9. X. de prob., auf welchem sie fußen, nicht gerechtfertigt werden; denn aus dieser Stelle geht nichts weiter hervor, als: es ist nicht nöthig, in der Klage beim possessorio den titulus possessionis anzuführen, nach Befinden kann aber beim Conflict mit dem Besitz des Gegners der Titel einen Ausschlag geben, weil er eine Präsumtion des bessern Besitzes zu motiviren geeignet ist. Mit Recht wird daher von den Meisten ein Beweis des Titels, als wodurch jedes possessorium in das petitorium überginge, nicht gefordert, s. v. Savigny l. c. § 51., Boehmer de act. S. II. c. 4. § 15., Klaproth Einl. in den summar. Proceß § 235., v. Langenn und Kori Erörter. Thl. II. S. 214., Boehmer J. E. P. Tom. I. Lib. II. tit. 12. § 7., Heerwart

l. c. § 11., v. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen no. 317., Gönner Handbuch d. Proc. Bd. IV. no. 81. § 15., Mittermaier d. gem. deutsche bürgerl. Proceß Beitr. IV. S. 214., Stryck Us. mod. lib. 43. tit. 17. § 2 u. 7. Vergl. Elvers und Bender allg. jurist. Zeitung Bd. I. S. 107. u. 300. Bd. II. S. 185. über die Zulässigkeit der vom Rechte selbst entnommenen Einreden im possessorischen Verfahren.

Zu 10) Die l. un. C. 3. 16. u. l. 2. C. 8. 1. entscheiden für das forum rei sitae, was besonders dem alten deutschen Recht entspricht: „wo das eygen liegt, da soll man auch darüber richten", und auch dem canonischen Recht gemäß ist, s. c. 3. X. de foro compet., und wenn auch nicht von allen possessorischen Rechtsmitteln behauptet werden kann, daß der Gerichtsstand des Wohnorts mit jenem nicht electivisch concurrire, so ist dieses doch gewiß dann zu behaupten, wenn über den jüngsten und gegenwärtigen Besitz gestritten oder über Wiedererlangung eines durch widerrechtliche Handlung des Gegners verlorenen Besitzes geklagt wird, s. Glück P. C. Bd. VI. § 515. Verschiedene Ansichten s. Arndt's Beitr. H. I. S. 113., Bethmann-Hollweg Versuche S. 53., Heffter im civil Archiv. Bd. X. S. 201., Sintenis Erläuterungen über verschiedene Lehren des Civilprocesses Bd. I. S. 1., Linde Lehrb. § 90., Bayer Vorträge über den gem. ordentl. Proceß S. 66., Höpfner Besitzrechtsmittel ꝛc. § 23.

Zu 11) Es folgt von selbst

Zu a) aus dem Begriff eines judicium duplex, daß eben Dem, welcher den erforderlichen Beweis aufbringt, der Besitz zuerkannt werde, gleichviel ob er Kläger oder Beklagter ist. Hat jede Parthei Besitzhandlungen für sich, so muß vor Allem der jüngste Besitz regulirt werden, s. Mittermaier l. c. Ergibt sich überhaupt kein sicheres Resultat, und sind Thätlichkeiten zu besorgen, so muß entweder ein gerichtlicher Sequester oder eine dergleiche provisorische Sicherheitsverfügung eintreten.

Zu b) Im unterstellten Fall konnte der erbschaftliche Besitz des Klägers nicht durch den Einwand eines bessern Rechts von Seite des Beklagten, welcher ja nicht ex titulo vel causa dominii die Wohnung inne hatte, entkräftet werden, vielmehr war der Beklagte mit seinem Eigenthums-Anspruch ad separatum zu verweisen.

Im Allgemeinen gelten folgende Regeln: hat der Kläger possessorium und petitorium cumulirt, so hat der Richter über beides nach c. 3. u. 6. X. de caus. possess. et propriet. — l. 14. § 3. D. 44. 2., oder nach Umständen über dasjenige von beiden, welches zunächst

zur Entscheidung völlig reif ist, zu entscheiden, mithin über den Besitz, unter Verweisung der Eigenthumsansprüche ad separatum, wenn jener bewiesen ist, diese aber noch illiquid sind, l. 37. D. 5. 1. — l. 3. C. 8. 1. oder sogleich über das Recht des Eigenthums, wenn dieses außer Zweifel gesetzt ist, c. 1. u. 6. X. l. c. Hat der Kläger blos das possessorium angestellt, so kann der Richter nur über dieses erkennen, etiamsi ex probationibus aliisque, quae in Actis deducta sunt, appareat, actoris causam in petitorio magis justam esse, l. 37. cit. Pufendorf Introd. in proc. civ. P. I. Cap. V. § 6., sowie er umgewandt auch nur in petitorio entscheiden kann, wenn dieses allein angebracht ist, vergl. Höpfner die Besitzrechtsmittel rc. § 27., Bayer Theorie der summar. Proc. § 76—78. (Ed. V.), Roßhirt Zeitschrift für Civil= und Criminalrecht Bd. I. S. 234. über den Satz: petitorium absorbet possessorium, Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Thl. I. Abthl. VI. über das Verschlingen des Besitzstandes durch den Rechtsstand.

Zu 12) Unter den verschiedenen Meinungen, von welchen Einige auf unbedingte Verwerfung, s. Hofacker Princ. jur. Rom. T. III. § 4271., Andere auf bedingte Zulassung, wenn periculum in mora ist, gehen, s. Boehmer Exerc. ad Pand. T. V. § 451., Klaproth bürgerl. Proc. Thl. II. § 451., Danz Grundſ. d. ordent. bürgerl. Proc. § 481., ist ohne Zweifel die richtige, daß nur die accessorische Intervention nicht ausgeschlossen werden könne; Gottschalk Discept. for. T. II. Cap. XI. pag. 130., Leyser Vol. VII. Sp. 508. Med. 14., v. Hartitzsch Entscheidungen S. 206., besonders wenn Intervenient eine vitiosa possessio gegen den Kläger darthun kann.

Zu 13) Restitution, als ein blos subsidiäres Rechtsmittel, s. Glück P. C. Bd. V. § 436. S. 419., findet in possessorio nicht Statt, weil noch ein ordentliches Rechtsmittel (petitorium) übrig ist, s. v. Hartitzsch l. c. no. 316.

Zu 14) Zwar behauptet Wernher sel. obs. for. T. I. P. I. Obs. 274. der Kläger müsse beides beweisen; denn die rechtliche Präsumtion der Freiheit könne da nicht in Betracht kommen, wo es sich um nichts anders, als um facta handle, welche allemal bewiesen werden müssen, und in possessorio komme ja der Rechtsstand gar nicht in Frage. Dagegen ist aber einzuwenden: in dem Besitz des Grundstücks liegt von selbst der Besitz der präsumtiv freien Beschaffenheit desselben, so lange der Gegner nicht ruhige Besitzhandlungen, welche jener Vermuthung entgegenstehen, nachzuweisen vermag. Der Verneinende braucht nicht zu beweisen. Daraus folgt, daß es genug ist, wenn der Kläger

blos den Besitz des Grundstücks beweist; Hommel Rhaps. Vol. III. Obs. 484., v. Hartitzsch l. c. no. 318.

Zu 15) Zufolge des Grundsatzes: non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, l. 34. D. 50. 17. kann es nicht genügen, wenn der Kläger sich nur auf Handlungen bezieht, die gegen einzelne Mitglieder der Gemeinde ausgeübt worden sind; Leyser Sp. 453. Med. 8., v. Hartitzsch l. c. no. 319.

Zu 16) Als Gegenstände des Quasibesitzes und also auch der Interdicte werden nicht nur unbestritten alle die deutschen Reallasten und publicistischen Gerechtsame so gut wie die römischen jura in re, sondern auch gewöhnlich alle solche Zustände betrachtet, welche zu einer fortwirkenden Ausübung durch öftere Gebrauchshandlungen geeigenschaftet sind, insbesondere Befugnisse aus dem Familienrecht, z. B. der väterlichen Gewalt, der Filiation, des Bürgerrechts und des ehelichen Zustandes; c. 13. u. 14. X. de rest. spol., Glück P. C. Bd. II. § 182., Boehmer J. E. Pr. Tom. I. Lib. II. tit. 13. § 2., Spangenberg Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz Thl. I. § 101. und obgleich bei letzterem zweifelhaft ist, ob darauf der Begriff eines selbstständigen Besitzes anwendbar sey, weil der Begriff der Ehe erst durch Beobachtung einer gewissen Form entsteht, s. Höpfner Inst. Comm. § 106. not. 1., Struben rechtl. Bed. Thl. III. no. 131., so scheint doch c. 8. 10. 13. X. de rest. spol. dafür zu sprechen. Ueberhaupt aber scheint es richtiger, nach v. Savigny l. c. § 49. bei Rechten des persönlichen Zustandes und Obligationenrechten nicht vom Besitz als einem eigenen Recht, sondern nur von provisorischen Verfügungen zu sprechen.

In Ansehung verschiedener bei Besitzstreitigkeiten vorkommender Fragen ist noch auf folgende Schriften zu verweisen:

Kind Quaest. for. T. IV. pag. 267. u. 470. num brevior quam annua possessio ad judicium possessorium sufficiat. — Daß die Eideszuschiebung kein zulässiges Beweismittel im poss. summariiss. sey, s. Schroeder D. num in poss. summar. juramenti delatio locum habeat. Vit. 1727., Mittermaier l. c. Beitrag IV. S. 219. — Bauer Responsa Vol. II. pag. 259. jura, quae non quotannis, sed separatis temporibus exercentur, possessorium summariissimum non respuunt. — Zachariä Annalen der Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. I. Abthl. 10., ob und in wie fern bei Entscheidung der über den neuesten Besitz entstandenen Streitigkeiten auf ältere Besitz-

handlungen Rücksicht zu nehmen sey. — Zu-Rhein und Sartorius Samml. merkw. Rechtsfälle Bd. I. S. 356. über den Zeugenbeweis bei der Klage auf Schutz im jüngsten Besitz. — Gebr. Overbeck Medit. Bd. VIII. S. 240., unbeschworene Zeugenaussagen beweisen auch im poss. summariiss. nichts. Eben so Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 20. — Ueber die Zulässigkeit der Notariats-Zeugenverhöre zur Bescheinigung des jüngsten Besitzstandes s. Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Thl. I. S. 377. und v. Bülow und Hagemann's prakt. Erörter. Bd. III. S. 312. — Wer im poss. summar. im Besitz geschützt ist, braucht im poss. ordinario den Beweis der possessio nicht zu führen, s. v. Rüling Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Celle no. 83. — In wie fern der jüngste Besitz auch gegen den Landesherrn geltend gemacht werden könne, s. Berg l. c. Thl. II. S. 248. und Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. III. S. 348., welcher das poss. summar. gegen den Staat durchaus verwirft, dagegen das ordinarium zuläßt, ausgenommen gegen ein jus eminens, oder wenn der Besitzstand einem Gesetz widerstreitet, s. auch Klüber öffentl. Recht des deutschen Bundes § 276. u. 396. Die Frage: ob in Sachen einer universitas auch membra universitatis in causa possessorii für die universitas als Zeugen zugelassen seyen, wird, wenn gleich das Interesse Einzelner dabei versirt, doch in der Rücksicht bejaht, weil es gewöhnlich sehr schwer hält, andere Zeugen zu diesem Behufe zu bekommen; Cramer Obs. jur. univ. T. I. Obs. 99. Daß das interd. utrubi dem Autor nie gegen Den, dem er selbst tradirt hat, zustehen könne, s. Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 174. über das interd. utrubi bei der lex Cincia. — Esser krit. Beleuchtung des R. R. über die Beweislast bei Servitutenklagen. Trier 1826. In Gottschalk Discept. for. T. I. pag. 231. de spatio annali, intra quod possessorio summario uti licet, wird weitläufig ausgeführt, daß nach den Gesetzen binnen Jahresfrist, von der Turbation gerechnet, bereits Citation ausgewirkt werden müsse, daß aber der Gerichtsbrauch es für hinlänglich annimmt, wenn nur die Klage in Jahresfrist eingereicht wird. Man begegnet aber auch in dieser Abhandlung zweierlei von Andern bereits als irrig widerlegten Sätzen: a) indem ein annus plene continuus angenommen wird, während doch l. 1. pr. D. 43. 17. deutlich auf ein tempus utile hinweist, — intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam, b) indem mit Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 178. behauptet wird, wenn nicht binnen einem Jahr nach geschehener Störung des Quasibesitzes geklagt wird, so sey der Besitz verloren und auf den Gegner übergegangen zu achten. Allein der Ab-

lauf eines Jahrs schließt zwar das Interdict in Ansehung des vergangenen facti turbativi und deshalb zu leistenden Schadenersatzes aus, daraus folgt aber nicht, daß mir das Interdict gegen jede neue Anmaßung verloren gehe, s. Albert das interd. uti poss. § 167., Heerwart in Linde's Zeitschrift Bd. XII. S. 154. § 4. a. E.

B. Interdicta recuperandae possessionis.

Dig. XLIII. 16. de vi et vi armata. Cod. VIII. 4. unde vi. Cod. VIII. 5. si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio. Dig. XLIII. 26. de precario. Cod. VIII. 9. de precario et Salviano interdicto.

Interd. de vi. Remedium spolii.

Daß das remedium spolii, dessen Ursprung die Praxis im canonischen Recht sucht, s. lib. 2. tit. 13. Decretal. — Decret. Grat. P. 2. caus. 3. qu. 1. c. 3., dessen Grundansicht aber auch in germanischen Sitten gefunden wird, s. Mittermaier der gem. deutsche bürgerl. Proceß Beitr. III. S. 196. § IX., als erweitertes Interd. unde vi *) zu betrachten ist, kann jetzt wohl als allgemein anerkannt angenommen werden.

Es kommt aber zunächst in Frage:

1) in wie fern das rem. spolii mit dem interd. de vi zusammenstimmt oder davon abweicht?
2) In wie fern ist die Spolienklage vom poss. summar. verschieden? **)
3) Kann der Beweis des spolii auch durch Interlocut auferlegt werden?
4) Kann auch ein successor universalis und singularis wegen der mit einem überkommenen Gut verbundenen Gerechtigkeiten, z. B. Frohnen rc. sich der Spolienklage gegen den sich weigernden Besitzer des dienenden Guts bedienen?

---

*) Zu bemerken ist hier: Hasse über das interdict. quod vi aut clam im Rhein. Museum Bd. IV. S. 1. und Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft von v. Savigny rc. Bd. III. S. 53.

**) Ob der jüngste Besitz auch gegen den Landesherrn geltend gemacht werden könne? s. oben § 4. Nr. 4.

5) Findet die except. spolii auch im Executivproceß Berücksichtigung? Geht sie auch gegen den dritten Besitzer? Ist Connexität erforderlich?

Zu 1) Gleichförmig bei beiden ist

A. die Grundlage: nämlich absolutes Ausschließen der Selbsthülfe und Privatgewalt. Sie ist zu sehr verhaßt, als daß es noch darauf ankommen dürfte, ob die possessio justa vel injusta war, oder ihr eines der drei vitia possessionis anklebte,*) l. 1. § 1. 9. 10. u. 30. l. 12. l. 18. D. 43. 16. — § 6. J. 4. 15., Gajus IV. 155., v. Savigny R. d. B. § 40. Selbst die Einrede des vor der Gewaltanwendung geleisteten Verzichts ist ohne Wirkung; l. 27. § 4. D. 2. 14. Schweppe l. c. Bd. III. § 560., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 299. (248.), Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. II. § 144., Mackeldey Lehrb. § 234. not. 6. Eben so wenig kann sich der Beklagte mit Compensation was immer für einer Gegenforderung schützen, l. alt. § 2. C. 4. 31.

Eben so beruhen beide Rechtsmittel

B. auf denselben Voraussetzungen, nämlich: juristischer Besitz**) auf Seite Desjenigen, welcher sie gebrauchen will, und Dejection, s. v. Savigny R. d. B. § 40., Schweppe l. c. § 560., Schilling Lehrb. f. Institt. § 144., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. § 299. (248.) Daher ist das Interdict, welches übrigens gegen den Dejicienten nicht nur, sondern auch gegen dessen Auftraggeber gerichtet werden kann, l. 1. § 12—15. l. 3. § 10—12. D. 43. 16., niemals begründet, wenn Tradi-

---

*) Nicht ohne alle Ausnahme verhält es sich jedoch damit nach canonischem Rechte; z. B. wird in c. 2. de rest. spoliat. in VIto (2. 5.) eine except. vitiosae possessionis, cui jus commune aperte repugnat, in Betreff eines Zehentrechts zugelassen. Ein anderer Fall findet sich in c. 13. X. de rest. spoliat. (2. 13.) except. consanguinitatis marito opponi potest, a quo uxor discessit, si in continenti probari queat. — Da das canonische Recht auch eine exc. spolii statuirt, so kann diese auch gegen die act. spolii geltend gemacht werden, wenn der Kläger den Beklagten in einer anderen Sache spoliirt hat, Boehmer J. E. P. Tom. I. lib. II. tit. 13. § 5.

**) Auch dem Naturalbesitzer räumt ausnahmsweise das interd. de vi ein: Thibaut im civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 361., Geiger in Linde's Zeitschr. Bd. XIII. S. 238.

tion des Besitzes, sey sie gleich blos aus Furcht geschehen, stattgefunden hat; l. 5. D. 43. 16. v. Savigny l. c.

Im Ganzen sind sich auch

C. die Wirkungen gleich, nämlich: der dejectus muß ganz in die Lage versetzt werden, in welcher er zuvor war, mithin die Sache, oder wenn dies nicht möglich ist, deren Werth und das Interesse des verlorenen Besitzes erhalten, wofür ihm das juramentum Zenonianum gegeben ist, s. Glück P. C. Bd. XII. § 819. Zur vollständigen Restitution gehören natürlich auch die Früchte, gleichviel ob sie der Dejicient wirklich bezogen hat oder nicht, wenn sie nur der dejectus hätte erlangen können; l. 4. C. 8. 4. — sowie der Ersatz jedes auch nur zufällig entstandenen Schadens, l. 1. § 34. u. 35. D. 43. 16., namentlich anderer Sachen, welche aus Anlaß der Dejection verloren gegangen sind, l. 1. § 41. D. 43. 16., und auch des durch unterbrochene Usucapion entstandenen Schadens, s. v. Savigny l. c. § 40.

Auch geht die Spolienklage wohl nicht, wie Thibaut im System § 230. (Ed. 8.) mit Beziehung auf c. 5. X. de raptor. (5. 17.) annimmt, unbedingt gegen die Erben, sondern nur, wie beim Interdict, in so fern sie vermöge jener Handlung ihres Erblassers etwas bekommen haben, oder ohne ihren dolus bekommen haben würden; l. 2. l. 3. pr. D. 43. 16. — v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. § 300. (250.), Mackeldey Lehrb. Bd. II. § 234., Schweppe l. c. Bd. III. § 560. S. 455. not. 2.

Abweichend *) vom Interdict ist das remedium spolii in folgenden Stücken:

a) Wenn es beim Interdict wenigstens bestritten war, ob es sich auch auf den Besitz beweglicher und nicht blos unbeweglicher Sachen

*) Eine Abweichung der canonischrechtlichen Spolienklage, welche zur Wiedererlangung des Besitzes, insbesondere auch wegen widerrechtlich entzogener quasi-possessio gegeben ist, vom römischen interd. de vi wird von Einigen darin gefunden, daß jene auch dem nudus detentor zugestanden wird, s. Erk. des O. A. G. in Jena in Emminghaus Pand. S. 423. no. 46. — c. 5. 7. 11. 16. X. 2. 13., was beim interd. de vi nach der Meinung Mehrerer nicht der Fall gewesen seyn soll, s. Puchta Pand. § 135. not. a. Den Rechtslehrern dagegen, welche auch das interd. de vi dem detentor nicht minder zugestehen, mithin keinen Unterschied zwischen beiden Rechtsmitteln erkennen, ist neuerlich in einer umfänglichen Ausführung beigetreten Sintenis im pr. Civilr. Bd. I. S. 499. not. 24. u. Bd. II. § 124. not. 48.

beziehe (Thibaut im civilist. Archiv Bd. I. S. 105., Geiger l. c., s. dagegen v. Savigny l. c. § 40.), so ist dies beim remed. spolii unzweifelhaft, sowie auch, wenn es gleich im bayerischen Recht streitig ist, s. Seuffert und Glück Bl. f. R. Anw. Bd. XX. S. 33., daß es nicht minder unkörperliche Rechte oder Gegenstände des Quasibesitzes umfaßt, s. Thibaut l. c., v. Savigny l. c.

Durch die auf dem canonischen Rechte basirte Praxis ist die Spolienklage als Schutzmittel in der Ausübung aller Rechte, mithin auch für den Quasibesitz von Wegegerechtigkeiten angenommen werden; s. Erk. d. O. A. G. zu Kiel in Seuffert's Archiv Bd. VII. H. 2. S. 218., sonach auch für die Prädial-Servituten; s. Erkenntn. d. O. A. G. zu Jena in Emminghaus Pand. S. 424. no. 50.

Die Spolienklage ist nach c. 10. 13. X. de rest. spoliat. auch unter Ehegatten zulässig. Vorausgesetzt wird indessen dabei, daß einem des Spoliums beschuldigten Ehemanne weder aus dem Standpunkte der ehelichen Vogtschaft, noch aus dem der ehelichen Gütergemeinschaft ein freies Verwaltungsrecht an dem Vermögen seiner Frau zustehe; s. Erk. d. O. A. G. zu Lübeck in Seuffert's Archiv Bd. III. H. 2. S. 197.

b) Bestritten zwar, s. v. Savigny l. c., aber von den meisten Praktikern angenommen und besonders vertheidigt von Thibaut im System § 230. (Ed. 8.) u. Duncker in Reischer's Zeitschrift Bd. II. H. 2., Geiger in Linde's Zeitschrift Bd. XIII. S. 272. § 14. S. 285. § 21. besonders mit Beziehung auf c. 7. u. 8. X. 2. 13. — c. 3. C. 3. qu. 1., ist die Ausdehnung der Spolienklage auf jede auch ohne vis atrox nicht nur, sondern auch überhaupt ohne Gewalt oder Arglist begangene Störung in einem bisher stattgehabten, dem gemeinen Recht nicht widerstreitenden Zustande.*) Auch ist, was am häufigsten vorkommt, keinem

*) Die Grundsätze derjenigen Rechtslehrer, welche so sehr dagegen eifern, daß die Spolienklage so weit über die Grenzen des interd. de vi in der Praxis ausgedehnt wird, daß man von dem Erforderniß einer vis atrox Umgang nimmt, und statt gewaltsamer Entsetzung eine blos ungerechte Entziehung des Besitzes oder Quasibesitzes zur Begründung eines remedii recuper. possessionis für genügend erkennt, sind von dem Obertribunal in Stuttgart adoptirt worden, s. Hufnagel Mittheilungen H. I. S. 106. Eine gleiche Ansicht findet sich in den in Seuffert's Archiv Bd. I. H. 2. aus Duprel Samml. v. Rechtsfällen Bd. I. S. 110. angeführten Erkenntnißgründen des

gegründeten Zweifel ausgesetzt, daß, wenn ein Pächter oder Verwalter unter Anmaßung des Eigenthums die Restitution der Sache verweigert, die Spolienklage gegen ihn stattfinde; l. 12. l. 18. D. 43. 16. — l. 34. C. 4. 65. — l. 10. C. 8. 4. — Schweppe l. c. Bd. II. S. 15. Bd. III. S. 456., sowie umgewandt der Pächter gegen den Verpächter das remed. spolii gegen gewaltsame Vertreibung gebrauchen kann; c. 4. X. ne praelati. Decr. Grat. caus. 2. qu. 2. c. 3., Leyser Sp. 451. § 3., Schlüter und Wallis jurist. Zeitg. f. d. Königr. Hannover Bd. V. S. 167. u. 181.

c) Das remed. spolii geht auch gegen den dritten Besitzer, z. B. den Käufer der spoliirten Sache — welcher vom Interdict niemals berührt wurde — gleichwohl alsdann, wenn er, um das

---

O. A. G. in München, welche aber nichts für das gemeine Recht entscheiden können, weil sie auf Bayerisches Landrecht und Bayerische Gerichtsordn. sich gründen, und der untergelegene Fall Einzelnheiten enthält, welche schlechthin zur Abweisung der Spolienklage führen mußten. Die entgegengesetzte Ansicht der Praxis, daß, um die Spolienklage oder das canonische remed. recup. poss. anzustellen, nicht gerade die für das interd. de vi vorausgesetzte Gewalt erforderlich ist, hat neuerlich Sintenis l. c. Bd. II. § 124. not. 48. umfänglich zu rechtfertigen sich bemüht. Zur Rechtfertigung dieser durch das Bedürfniß hervorgerufenen Erweiterung des interd. de vi im canonischen und germanischen Recht gereicht wohl schon dieses, daß ja bereits Justinian eine derartige Ausdehnung über den Fall einer vis atrox nöthig gefunden hat, indem er in l. 11. C. 8. 4. das Interdict auch Demjenigen zugestand, welcher seinen Besitz durchaus nicht durch Gewalt verloren hatte, und daß auch der Landfriede v. J. 1548. Art. V., sowie die Kammerger.-Ordn. Tit. VIII. das remedium spolii „gemeiner schlechter Spolien und Entsetzung halber, so nicht mit gewaltiger That und doch wider Recht geschehen," einem Jeden angedeihen lassen, indem allerdings zur „Erhaltung gleichmäßigs Rechtens vonnöthen seyn will, daß Jedem seines Besitzes auf irgend eine Weise Entsetzten schnelle Hülfe widerfahre, und die Herrschaft des Rechts möglichst ungestört erhalten werde." Allerdings liegt das Bedürfniß schnellerer Hülfe, welche das Interdict bezweckte, wesentlich in der erlittenen Entziehung an sich schon und nicht zunächst in der Art, wie der stattgefundene rechtliche Zustand factisch aufgehoben wurde. — Daß das spolium nicht gerade einen gewaltsamen Angriff, sondern nur eine eigenmächtige Handlung des Spolianten voraussetze, wurde auch vom O. A. G. in Dresden angenommen, s. Wochenblatt f. m. Rf. 1847. no. 50., desgl. v. Hartitzsch Entsch. no. 388. Eben so in einem Erkenntniß d. O. A. G. zu Lübeck, s. Seuffert Archiv Bd. III. H. 2. S. 198. u. Bd. V. H. 1. S. 27. Abweichende Erkenntnisse finden sich indessen auch im vorangeführten Wochenbl. S. 241. v. d. Facultät u. d. App. Ger. in Leipzig.

spolium wissend, die Sache an sich brachte, c. 18. X. de restit. spoliat. (2. 13.), mithin unter gleichen Umständen auch gegen jeden andern Singular-Successor, gegen welchen das Interdict überhaupt nicht stattfand; l. 3. § 10. D. 43. 17.

d) Das remed. spolii findet auch gegen Personen Statt, welchen man Ehrerbietung schuldig ist, c. 7. X. de rest. spol. (2. 13.), gegen welche das Interdict nicht, sondern nur eine actio in factum gegeben war.

e) Bestritten ist,*) ob die Spolienklage gleich dem Interdict auf ein Jahr beschränkt ist, oder, wie die Praktiker gewöhnlich annehmen, 30 Jahre dauert. Wenn man aber auch die kurze Verjährungszeit des R. R. annimmt, so ist doch die länger dauernde Wirkung in so fern nicht zu bezweifeln, als der Dejicient durch das spolium bereichert ist. Denn in id, quod ad eum pervenit, kann er auch nach Ablauf eines Jahrs wirksam belangt werden, l. 1. pr. D. 43. 16. — l. 7. § 5. D. 10. 3. Wenn er also die Sache noch hat, kann er auch später die Herausgabe nicht verweigern. Außerdem ist hierbei noch die Bestimmung Justinian's l. 11. C. 8. 4. zu beachten, daß, wenn die besitzlose Sache eines Abwesenden occupirt wird, dieser das interd. de vi 30 Jahre lang haben soll. Endlich enthält unstreitig

f) das canonische Recht ein neues Institut in der exceptio spolii, vermöge deren der Spoliirte auf alle Klagen des Spolianten bis zur Restitution des Spoliums die Einlassung verweigern kann, vorausgesetzt, daß er binnen 15 Tagen vom Augenblicke der Vorschützung das spolium beweist, und nicht eine weltliche Sache mit der except. spolii einer Kirchensache, wegen welcher geklagt ist, entgegengesetzt wird; c. 1. de rest. spolii in VIto. (2. 5.) — Mittermaier im gemeinen deutschen bürgerl. Proc. Beitr. III. S. 223. not. 116. bemerkt dabei, die Praxis sehe nicht darauf, daß der Beweis binnen 15 Tagen geführt werde.

Zu 2) Bei dem spolium kommt es, wenigstens nach der Meinung Vieler, auf die Nachweisung der gewaltthätigen Besitzentsetzung an, während bei dem jüngsten Besitz auch Besitzstörungen oder jenseitige Besitzhandlungen ohne Gewalt die Klage begründen, und diese durch Anführung wahrer Besitzhandlungen begründet werden muß. Bei dem Spolium kommt es, da nur der Eigenmacht hier entgegengewirkt werden

---

*) v. Savigny l. c. S. 571., v. Wening-Ingenheim l. c. § 300. (250.), Schweppe l. c. § 561.

soll, auf die vitia possessionis nicht an, während sie beim poss. summar. allerdings in Betracht kommen, wenn sie in continenti liquid gemacht werden können, s. Mittermaier l. c. S. 217.

Zu 3) Daß die Meinung unrichtig sey, als müsse das spolium sogleich in der Klage bescheinigt werden, ergibt sich aus c. 1. de rest. spol. in VIto. (2. 5.)

Zu 4) Man muß hier unterscheiden, ob die Dienste schon dem Vorbesitzer oder erst dem Nachfolger im berechtigten Gut von den Bauern verweigert worden sind. Im ersten Fall geht die dem Vorbesitzer zugestandene Spolienklage auch auf den Nachfolger über, weil er mit dem Gute alle demselben zuständigen Rechte erlangt hat; l. 20. § 1. D. 41. 1. Von der Spolienklage als einem blos erweiterten interd. de vi gilt eben auch, was von diesem in l. 1. § 44. D. 43. 16. gesagt ist: et heredi et ceteris successoribus competit. Im zweiten Fall ist es aber erforderlich, daß der Nachfolger bereits selbst im Besitz gewesen seyn muß, nämlich die Dienste von ihm eingefordert und auch willig von den Bauern geleistet worden seyen. Dadurch nämlich, daß er Erbe geworden, hat er nur das Gut und mit demselben das Recht, die Dienste zu fordern, erlangt, nicht aber den wirklichen Besitz der Dienste, nec ei, qui non possidet, auctoris possessio accedere potest. — l. 1. § 15. D. 47. 4. — l. 23. pr. l. 30. § 5. D. 41. 1. Sed nec heredis est possessio antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis; Schmidt hinterl. Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 370.

Zu 5) Nur dann, wenn sie sofort liquid gemacht werden kann; Leyser Vol. VII. Sp. 506. Med. 2., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 386., Wernher select. obs. for. T. I. P. IV. Obs. 111.

Auf Connexität der Spoliensache mit dem intendirten Processe kommt nichts an; s. Weiske's Rechtslex. Bd. III. S. 800. Daß aber die exc. spolii auch gegen einen dritten Besitzer der Sache, wie Manche behaupten, geltend gemacht werden könne, wäre dem c. 18. X. de rest. spoliat. (2. 13.) entgegen; s. v. Savigny Recht des Besitzes S. 628. not. 1.

Die Frage: ob gegen eine Spolienklage exc. compensationis zulässig sey, ist ohne Zweifel dahin zu beantworten, daß dies dann, wenn es auf eine Restitution in natura ankommt, nicht angehe, wohl aber dann, wenn der Beklagte die hinweggenommenen Gegenstände nicht mehr besitzt, mithin unter den Theilen nur mehr der Ersatz ihres Werths im Streite befangen ist; Seuffert u. Glück Bl. f. R. Anw. Bd. XIX. S. 414.

Ueber das interd. de clandestina possess. und de precario, von welch letzterem übrigens zu bemerken ist, daß es wegfällt, wenn man sich vom precario possidens Caution leisten ließ, indem es dann beim Vertrag bleibt, l. 15. § 3. D. 43. 20. und daß das precarium kein Institut des Civilrechts, sondern nur eine Qualification des Besitzes ist, s. Schweppe l. c. § 576., Puchta Lehrb. § 396. ist nächst den allgemein bekannten Lehrsätzen vorzüglich zu vergleichen: G. E. Schmidt das commodatum und precarium etc. Leipz. 1841. Der Verf. kämpft gegen die Behauptung in Kritz Samml. v. Rechtsfällen Bd. I. S. 178., daß der Pandectentitel de precario (43. 26.) kein h. z. T. praktisches Recht enthalte, und gegen v. Hagen Abh. über den nach l. 15. § 4. D. 43. 26. stattfindenden gleichzeitigen Besitz des precario rogans und rogatus. Hamm 1840.

Kapitel II.

Vom Eigenthum.*)

Inst. II. 1. de rerum divisione. Dig. XLI. 1. de acquirendo rerum dominio. Cod. VII. 25. de nudo jure Quiritium tollendo. Ulpian. XIX. de dominiis et acquisitionibus rerum.

Wenn wir uns unter Eigenthum die Totalität aller an einem Gegenstand denkbaren Befugnisse oder die rechtliche Möglichkeit ihrer jedes andere Subject davon ausschließenden Ausübung vorstellen, soweit nämlich derselben keine besonderen Schranken gesetzt sind, so fragt sich zunächst, welche Schranken durch die Gesetze selbst dem Gebrauch des Eigenthums gesetzt sind? In dieser und sonstiger Beziehung ist zu handeln:

§. 1. Vom Recht der Gebäude.

1) Was für bewegliche Sachen sind im Eigenthum eines Gebäudes zufolge der Pertinenzeigenschaft begriffen?

---

*) Vergl. v. Löhr Magazin f. Rechtswissenschaft Bd. III. S. 483., Westphal Arten der Sachen S. 261., Gesterding ausführl. Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen. Greifswalde 1817., Pütter die Lehre vom Eigenthum nach deutschen Rechten. Berlin 1831., Ballhorn-Rosen über dominium. Lemgo 1822., v Vangerow Leitfaden zu Pandecten-Vorlesungen Bd. I. § 295.

2) Welchen Einfluß hat das jus soli oder das Eigenthum am Grund und Boden auf das Recht am Gebäude?
2a) Wem steht das Eigenthum an Kirchhöfen zu?
3) Wenn ein Miteigenthümer ein Gebäude auf einem pro indiviso gemeinschaftlichen Grund ohne des Andern Wissen und Willen aufrichtet, was für Recht steht dann dem Letztern zu?
4) In Städten findet man häufig gemeinschaftliche Mauern; sie können es seyn pro diviso oder pro indiviso, welches von beiden hat aber die Vermuthung für sich?
5) Wie weit gehen die Befugnisse eines und des andern Miteigenthümers an einer pro indiviso gemeinschaftlichen Mauer, oder was kann Einer ohne Consens des Andern vornehmen oder nicht?
5a) Was ist die rechtliche Folge, wenn ein einzelner Miteigenthümer Verfügungen, welche ihm gesetzlich nicht zustehen, doch bereits vorgenommen hat?
5b) Wenn ein Miteigenthümer für nothwendige Reparaturen an einer Mauer, welche er irrig für ihm privateigenthümlich hielt, Unkosten aufgewendet hat, steht ihm dann eine Klage gegen den Miteigenthümer auf verhältnißmäßigen Beitrag zu? oder wenn er zwar wußte, daß es eine gemeinschaftliche Mauer sey, sich aber in der Person des Miteigenthümers irrte?
6) Welches sind die Kennzeichen einer gemeinschaftlichen oder einer im Alleineigenthum befindlichen Mauer?
6a) Wie ist zu entscheiden, wenn es an concludenten Kennzeichen fehlt, und kein Theil den Eigenthumserwerb beweisen kann?
7) Wenn eine gemeinschaftliche Mauer der Reparatur bedarf, zu welcher der Nachbar die Zustimmung und Mitwirkung eigensinnig verweigert, was für Rechtsmittel stehen dann den Miteigenthümern zu Gebote?
8) Wie weit geht nach römischen Gesetzen das Traufrecht?
9) Wenn mein Nachbar den gesetzlichen Zwischenraum des Traufrechts überbauet hat, was ist dann die rechtliche Folge?
10) Wie weit sollen Backöfen und Heimlichkeiten von der Grenze des Nachbars entfernt bleiben?
11) Wenn ich gegen meinen Nachbar eine Planke mit einem Wetterdach richte, oder statt einer Planke einen lebendigen

Zaun setze, wie weit muß ich dann auf meinem Eigenthum zurückrücken?

12) Ungeachtet des Grundsatzes: qui jure suo utitur, nemini facit injuriam ist dem Eigenthümer eines Gebäudes doch nicht Alles in und mit demselben zu thun erlaubt; es fragt sich daher, was für Grenzen der Eigenthumsfreiheit gesetzt sind?

13) Welcher Beschränkung ist der Wiederhersteller eines früher schon bestandenen Gebäudes unterworfen?

14) Was für Rücksichten hat Derjenige zu beobachten, welcher in dem Seinigen einen Brunnen, eine Grube oder einen Keller gräbt?

15) Darf ich dem Nachbar, welcher kein Servitutrecht ne luminibus officiatur erworben hat, das Licht gänzlich verbauen?

16) Darf ich in meiner eigenthümlichen Mauer Fenster da, wo vorher keine waren, gegen des Nachbars Hof oder Grund richten?

17) Was ist im R. R. über die nothwendige Distanz des Hauses bestimmt?

18) In wie fern ist der Eigenthümer in seiner Willkühr, ob er seine Sache in dauerhaftem Stand erhalten oder verfallen lassen will, durch das Nachbarrecht beschränkt? welches Rechtsmittel und mit welchen Wirkungen ist es dem Nachbar gegeben?

19) Sind Windmühlen und Schiffmühlen den Immobilien beizuzählen?

Zu 1) Man kann unterscheiden: was ist natürlicher Theil einer Sache, und was rechtlicher (Pertinenz)? Wo Cohäsion und beständige Zweckbestimmung zusammentrifft, da wird die Pertinenzeigenschaft gewöhnlich als unzweifelhaft angenommen; l. 38. § 2. D. 19. 1. — l. 4. D. 21. 2. Eines oder das andere — sagt man ferner — kann sie zwar auch, aber nicht immer und absolut begründen. Diese Merkmale sind daher zur Bildung eines Begriffs nicht zureichend.*)

*) Vergl. die gehaltreiche Abhandl. von Funke, die Lehre von den Pertinenzen. Chemnitz 1827. Daß rücksichtlich der Pertinenzen von Gebäuden die Regel, welche Alles, was Erd-, Wand-, Band-, Mauer-, Niet- und Nagelvest ist, darunter begreifen will, unzuverlässig ist, hat schon Glück im P. C. Bd. II. § 173. bemerkt, cf. l. 17. D. 19. 1.

Indem der Pertinenzqualität die Kraft beigelegt wird, eine Beziehung zwischen zwei verbundenen Gegenständen zu begründen, wodurch die eine den rechtlichen Verhältnissen der andern eo ipso unterworfen ist, setzt man nothwendig ein äußeres oder inneres Band voraus, um sie zu oder mit einem Ganzen zu verbinden, wenn sie als demselben angehörig erscheinen sollen. Dieses Band kann nur in einem Verhältniß der Nebensache zur Hauptsache beruhen. Jene muß demnach in einem außerwesentlichen Nebentheil des Ganzen bestehen. In einem außerwesentlichen deswegen, weil sonst zwischen dem Theil einer Sache und der Pertinenz kein Unterschied, und jene, von wesentlichen Theilen beraubt, kein Ganzes mehr wäre, was doch immer an der Hauptsache vorausgesetzt wird. Aber immer muß doch dieser außerwesentliche Nebentheil auf das Ganze als solches, oder auf den unmittelbaren Zweck desselben in einer perpetuirlichen und gleichmäßigen Beziehung stehen und zu demselben mitwirken. Betrachten wir zunächst

a) die Verbindung mehrerer unbeweglicher Sachen zu einem Ganzen, so kann diese nur auf einem besonderen, an sich willkührlichen Grunde beruhen, welcher sich dadurch offenbart, daß sie als ein Ganzes betrachtet und für einen gemeinschaftlichen Zweck benutzt werden; l. 24. § 2. D. de leg. I. — l. 20. § 7. D. 33. 7. — l. 91. § 3. D. de leg. III.

b) Nicht so willkührlich ist die Begründung der Pertinenzeigenschaft, wenn es sich von der Verbindung beweglicher Dinge zu einem beweglichen Ganzen, oder an sich beweglicher Dinge mit einem unbeweglichen Ganzen handelt. — Wesentlich ist hierbei

1) daß die Beziehung der Nebensache auf die **unmittelbare** Bestimmung der Hauptsache gerichtet sey, daß sie deren wesentlichem Zweck (und nicht blos den subjectiven Zwecken des Besitzers) diene und dazu mitwirke, z. B. der eingemauerte Kessel auf dem Küchenheerd ist Pertinenz des Hauses, weil er zum ökonomischen Gebrauch gehört, l. 38. § 2. D. 19. 1., nicht so aber der Farbkessel eines Hausbesitzers, welcher darin zufällig das Färbereigewerbe trieb; **Leyser** Spec. 209. Med. 10. Ejusmodi res magis instrumenti sunt, l. 17. pr. D. 19. 1. — l. 21. D. 33. 7. Die Weinpfähle, die Hopfenstangen sind Zubehör des Weinbergs oder Hopfengartens, weil sie zur Erzeugung des Gewächses dienen, nicht aber die Keltern (Weinpressen), wenn sie gleich erdvest sind, s. **Hagemann** Landwirthsch. Recht S. 234., **Hommel** Pertinenz- und Erbsonde-

rungsregister S. 188., Leyser Jus Georgic. Lib. III. cap. 8. no. 24. Mehrere Beispiele s. Glück P. C. Bd. II. § 173.

2) Was zum Wohnungszweck unmittelbar gehört, res perpetuo usui ibi destinatae, z. B. die an der Wand befestigten Bänke und Küchentische gelten als Zubehör des Hauses, s. Hommel l. c. S. 111. und 283., nicht aber, was zu vorübergehender willkührlicher Zierde dient, z. B. festgemachte Spiegel, Kronleuchter, Wandblacken, mit Nägeln an der Wand befestigte Tapeten ꝛc. ornatus enim aedium causa parantur, non quo aedes perficiantur, l. 17. § 4. D. 19. 1. — l. 245. D. 50. 16. Jalousien rechnet Hommel im Erbsonder.=Reg. s. v. Jalusien nicht zu den Pertinenzen des Hauses, wogegen die Facultät Leipzig in einem Erk. v. J. 1812 sowohl Jalousien als Winterfenster dafür erkannte. Denn sie werden zum Gebrauch des Hauses angeschafft, und der Breite und Höhe der Fenster angepaßt, auch die Fensterstöcke zu deren Festhaltung eingerichtet. Daraus, daß solche nur zum Gebrauch dieses Hauses und dieser Fenster, folglich zum beständigen Gebrauch des Grundstücks und dessen Vervollkommnung bestimmt sind, geht zur Genüge hervor, daß sie ipso jure auf den Käufer übergehen, l. 17. § 7. D. 19. 1. Daß man sie je nach der Jahreszeit herausnimmt, oder einsetzt, ändert hieran nichts, immer bleiben sie integrirende Theile des Hauses; l. 7. § 10. l. 11. l. 18. § 1. D. 19. 1. — l. 242. § ult. D. 50. 16.

3) Die in einem Fabrikgebäude aufgestellten selbstständigen Maschinen sind nicht für Pertinenzen desselben zu achten, wenn nicht das Gebäude, welches immerhin dafür erbaut oder besonders eingerichtet seyn mag, mit den darin befindlichen Vorrichtungen dergestalt ein Ganzes bildet, daß Theile des Ersteren zugleich Theile der Letzteren sind, wie dies z. B. bei unsern Mühlen der Fall ist, z. B. der Mühlkanal oder Mühlgraben ist ein Accessorium der Mühle, s. Hering Tr. et Resp. jur. II. 131., Cancrin vom Wasserrecht II. 156., daher auch der Müller das Schaufelschlagsrecht in demselben ausübt, und Niemand den Platz, wo er es hat, mit Bäumen oder Weiden bepflanzen darf, s. Klingner Sammlung zum Dorf= und Bauernrecht Thl. IV. Kap. IV. § 12. — Gegenstände, welche in einem solchen Verhältnisse zum Gebäude stehen, wie z. B. das treibende Zeug in den Spinnereien, sind für Zubehör zu achten, weil sie dazu dienen, das Gebäude selbst für seinen un=

mittelbaren Zweck, also zu einem Spinngebäude, vorzurichten und diesem Zweck in gleichmäßiger Verbindung mit demselben zu entsprechen. — Bei einem Gebäude, welches ausschließend zum Betrieb eines realen Gewerbes bestimmt ist, und mit dem Gewerbsrecht und Allem, was dazu gehört, verkauft wird, kann es nicht darauf ankommen, was befestigt ist oder nicht, sondern was sich zum Gewerbsbetrieb als Theil verhält, z. B. die Bräupfannen in einem Bräuhaus, die Gastbetten in einem Wirthshaus, s. Curtius Handb. des sächsischen Rechts § 409. u. 411., Glück P. C. Bd. II. § 173. S. 477 f., Dabelow Handb. des gem. Privatr. Bd. I. § 83. — Beim Verkauf einer Schmiede sind die zur Gewerbsausübung gehörigen und nothwendigen, nach Hinwegnahme vom Immobile unbrauchbaren oder doch verhältnißmäßig werthlosen Werkzeuge und Geräthschaften als Zubehör zu betrachten, s. Gesterding Rechtsirrthümer S. 378., Weiske Handb. des allgem. deutschen Gewerbsrechts § 283. — Wird ein Schiff mit allem Zubehör verkauft, so sind darin begriffen die Taue, Compaß, Fernrohr, Sprachrohr u. dergl., arg. l. 12. § 1. D. 33. 7. — Gesterding l. c., Scholz das Baurecht § 87. no. 12.

4) Beim Verkauf eines fundus sind die Rechte, welche auf dem Grundstück ruhen, die Instrumente zur Ausübung der Servituten, l. 17. pr. § 2. 11. D. 21. 1. — l. 47—49. D. 18. 1., die auf dem Grund und Boden befindlichen perpetuirlichen Vorrichtungen, die dazu dienen, einen Theil des Grundstücks für seine Bestimmung einzurichten, als Einzäunungen, Mistbeete, Weinpfähle, die zur Benutzung des Wassers angelegten Brunnen, Pumpen rc. als Zubehör anzusehen, l. 13. § 31. l. 14. 15. l. 17. § 7. 8. D. 19. 1. — l. 40. § 6. D. 18. 1., desgleichen der gewonnene Streu- und Düngervorrath, l. 17. § 2. D. 19. 1., nicht aber das Gutsinventar, — wenn nicht ausdrücklich fundus instructus versprochen ist — und eben so wenig instrumentum domus, l. 14. D. 33. 10. — l. 12. § 16. D. 33. 7., denn dergleichen wandelbare Gegenstände dienen dem Gute nicht unmittelbar, sondern dem Besitzer als Werkzeug, l. 2. § 1. l. 8. pr. l. 17. pr. D. 33. 7. — l. 14. D. 33. 10. — l. 12. § 16. D. 33. 7.

Zu 2) Die Regel ist: omne, quod solo inaedificatur, solo cedit, § 30. J. 2. 1. — l. 7. § 10. D. 41. 1., und zwar ohne Unterschied,

ob ich unmittelbar auf dem Boden baue, oder ein schon stehendes Bauwerk überbaue, l. 28. D. 41. 1., immer wird jedoch ein nicht transportables, sondern völlig befestigtes Gebäude vorausgesetzt, l. 60. D. 41. 1. Dieses Princip hat zwar kein praktisches Interesse, wenn Jemand mit eigenem Material auf eigenem Grund und Boden baut, wohl aber, wenn er entweder

a) auf dem Seinigen mit fremdem Material, oder
b) auf fremdem Grund, mit seinem eigenen Material, oder endlich gar
c) auf fremdem Boden mit fremdem Material

baut. Im ersten Fall ist die Folge, daß der fremde Eigenthümer des Materials dieses gleichwohl nicht wider Willen des Hauseigenthümers vindiciren darf, so lange das Gebäude steht, sondern sich inzwischen mit der aestimatio dupli abfinden lassen muß, l. 7. § 10. D. 41. 1. — § 26. u. 29. J. 2. 1. *) Ob er, wenn er diese erhalten hat, doch alsdann, wenn einmal das Gebäude abgetragen oder zerstört werden wird, auch noch sein eigenthümliches Material vindiciren kann? Dies ist nach § 29. J. 2. 1. alsdann unzweifelhaft zu verneinen, wenn der Bauende in bona fide war, z. B. wenn er nicht wußte, daß das verwendete Material ein gestohlenes Gut sey; jedoch dann unbedenklich zu bejahen, wenn er wissentlich fremdes Eigenthum in sein Gebäude verwandte, s. Puchta in Linde's Zeitschrift Bd. XI. S. 338., Höpfner Instit. Comm. § 320., Donelli Comm. Lib. IV. cap. 33. Neque rei praestatione poenam furti, neque solutione poenae rei praestationem evitare ei liceat. Tenetur et vindicatione et ad exhibendum, non sic tamen, quasi possidens, sed quasi dolo desiit possidere. — Vergl. l. 8. D. 13. 1. — l. 1. § 2. l. 2. D. 47. 3.

Im zweiten Fall ist es unbestritten, daß das auf meinem Grund und Boden gesetzte Gebäude unter allen Umständen mir zufällt. Es fragt sich daher nur über etwaige Ansprüche des Erbauers wegen seines Bauaufwands.

a) der b. f. Erbauer hat nach l. 37. D. 6. 1. das jus tollendi, und wenn er im Besitz ist, auch ein Retentionsrecht für Material und Bauaufwand, l. 16. C. 3. 32. — l. 38. D. 5. 3. — § 30. J. 2. 1. — l. 45. § 1. D. 19. 1. — l. 7. § 12.

*) Als unerheblich wird das gegen die aestimatio in duplum erhobene Bedenken, daß h. z. T. die Klagen auf das Doppelte ꝛc. außer Gebrauch seyen, betrachtet von Höpfner Instit. Comm. § 320. u. 1127. Uebereinstimmend ist Glück im P. C. Bd. III. S. 551.

l. 9. pr. D. 41. 1. Ein Forderungsrecht hat er aber deshalb nicht, daher, wenn er auch aus Irrthum das Gebäude übergeben hat, ohne sich wegen seines Bauaufwands zu prospiciren, die Baukosten für ihn verloren sind, l. 7. § 12. D. 41. 1. Es ist ihm sogar die condict. indebiti versagt, l. 33. D. 12. 6.

b) In Ansehung der Ansprüche eines malae fidei Erbauers walten mehrere Zweifel ob. Es kommt hier auf eine geschickte Combination der unter sich abweichenden gesetzlichen Vorschriften an, § 30. J. 2. 1. — l. 7. § 12. D. 41. 1. — l. 37. D. 6. 1. — l. 5. C. 3. 32. — l. 16. C. 3. 32. — l. 38. D. 5. 3. — l. 2. C. 6. 32., um welche vorzüglich Donell. in Comm. Lib. IV. C. 33. § 25. bemüht war, und welche nach v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 561. u. Sintenis pr. Civilr. Bd. I. § 50. not. 54. zu dem Ergebniß führen dürfte, daß dem m. f. Erbauer zwar das jus tollendi nicht abzusprechen, l. 5. C. 3. 32. — aber ein Retentionsrecht nicht zuzugestehen sey. Ist indessen das Gebäude zerstört, so darf er seine Materialien wieder vindiciren, wenn er nicht animum donandi gehabt hat, welcher aber wohl nicht, wie unter Andern v. Wening-Ingenheim im Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. I. § 139. (§ 56.) behauptet, immer anzunehmen ist.

Im dritten Fall bleibt dem Herrn des Bodens das Gebäude und der Eigenthümer des Materials hat gegen ihn vor Abtragung des Gebäudes eben so wenig, als im vorigen Fall, Anspruch, sondern nur gegen Denjenigen, welcher sein Material verbaut hat; Struve D. de aedific. privat. jure. Jenae 1752. § 29.

Zu 2a) Nach protestantischem Kirchenrecht werden sie nicht, wie vermöge der Consecration nach katholischem Kirchenrecht, den rebus sacris oder religiosis beigezählt, sie gehören vielmehr unter die Gemeindesachen. Nur wenn sich der Kirchhof auf dem mit der Kirche zusammenhängenden Hof befindet, wird er als accessorium derselben betrachtet, welches die Folge hat, daß Derjenige, welcher die Kirche zu unterhalten hat, auch den Kirchhof unterhalten muß, s. Erk. d. O. H. G. in Mannheim in den Jahrbüchern v. J. 1834. S. 35. Daraus folgt, daß Derjenige, welcher bisher die Unterhaltungskosten des zugleich als Begräbnißplatz benutzten Kirchhofs als eines Accessoriums der Kirche bestritten hat, weil ihm die Kirchenbaulast oblag, deshalb nicht verbunden seyn kann, die Kosten einer durch Vermehrung der Gemeinde nothwendig gewordenen Erweiterung des Begräbnißplatzes zu tragen; denn die Anlegung

und Unterhaltung von Begräbnißplätzen ist regelmäßig nicht Sache des Kirchen-Bauherrn, sondern der Gemeinde.

Zu 3) Wenn er aus eigener Schuld unterlassen hat, zu prohibiren, so kann er nicht verlangen, daß das Gebäude wieder abgetragen werde, sondern nur act. communi dividundo wegen des dadurch erleidenden Schadens klagen; geschah aber der Bau, während er durch Abwesenheit oder andere unvermeidliche Ursachen verhindert war, sein Widerspruchsrecht geltend zu machen, dann muß der Erbauer allerdings das Gebäude wieder niederlegen, l. 28. D. 10. 3.

Zu 4) Struve de juribus aedificiorum privatorum § 30. stellt die Präsumtion für paries communis pro diviso auf, unter Beziehung auf Mevius ad Jus Lub. tit. 12. art. 4. no. 4. In den römischen Gesetzen findet sich darüber nichts. Die l. 8. in f. D. 6. 1. sagt blos, daß eine bewegliche Sache nicht pro diviso von mehreren besessen werden könne, wohl aber eine unbewegliche. Die Entscheidung dürfte daher wohl hauptsächlich aus der Beurtheilung der Kunstverständigen über die Structur der Mauer zu schöpfen seyn, mit Rücksicht auf l. 19. pr. D. 10. 3., duabus massis duorum dominorum conflatis tota massa communis est, etiam si aliquid ex prima specie separatum maneat. Koch de jure viciniae S. 465. nimmt an: wenn die von beiden Seiten in der Mauer angebrachten Fenster oder Löcher oder Schwibbogen über die halbe Dicke der Mauer reichen, so sey die Mauer als pro indiviso gemeinschaftlich, wenn sie aber nur auf halbe Dicke hineinreichen, pro diviso gemeinschaftlich zu erachten. Ist der Grund und Boden, auf welchem die gemeinschaftliche Mauer steht, nicht real abgetheilt, so werden auch von der Mauer keine partes divisae angenommen werden können. Fällt indessen die Entscheidung für eine paries communis pro diviso, so ist der jedem Einzelnen gehörende Theil als ein für sich bestehendes Ganzes anzusehen, bildet also ein besonderes Rechtsobject, und ein Eigenthümer hat gegen den andern wegen der von diesem vorgenommenen Einrichtungen und Veränderungen keine anderen Klagen und Schutzmittel, als wenn zwei auch äußerlich geschiedene Mauern verschiedener Eigenthümer neben einander ständen. Ist der Fall zu einer negotiorum gestio qualificirt, so wird, wie Ruete in seiner Abh. die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern, Bremen 1843, bemerkt, zwar act. negotiorum gestorum, niemals aber act. communi dividundo von Demjenigen, welcher die ruinos gewordene Mauer wieder aufbaute, gegen den Andern angestellt werden können. Wenn aber die pro diviso gemeinschaftliche Mauer niedergerissen und das Material zur Theilung gebracht wird, so tritt wieder communio

pro indiviso ein; dafür entscheidet der in l. 19. pr. D. 10. 3. ersichtliche Grund: „was zuvor bestimmte Grenzen hatte, hat diese nun verloren."

Zu 5) Der allgemeine Grundsatz in Betreff der res communes, welcher in l. 28. D. 10. 3. dahin lautet: „In re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse," leidet in seiner Anwendung auf gemeinschaftliche Mauern nothwendige Modificationen, je nachdem eine Handlung durch absolute Nothwendigkeit geboten seyn kann, oder auch einem wirklichen Interesse der übrigen Eigenthümer gar nicht widerstreitet. Z. B.

a) Der einzelne Theilhaber kann die gemeinschaftliche Mauer auf seiner Seite decoriren, und die kostbarsten Malereien darauf anbringen, nur darf er diese dann, wenn die Wand der Demolition unterworfen ist, nicht höher als gewöhnlichen Abputz anschlagen, wenn die Klage wegen drohenden Schadens aus einer Stipulation erhoben wird, l. 13. § 1. D. 8. 2.

b) Der Einzelne ist berechtigt, die gemeinschaftliche Mauer, wenn sie schadhaft geworden ist, und deshalb Schaden droht, zu repariren und dem Miteigenthümer die Kosten pro rata in Aufrechnung zu bringen, sofern nur die Schadhaftigkeit von der Art war, daß sie zu den bestimmten Zwecken der Mauer nicht mehr genügte, und in so weit, als er nicht zu kostspielig baute. Hierzu berechtiget ihn, wenn das beiderseitige Interesse nicht zu trennen war, actio communi dividundo l. 12. l. 14. l. 19. § 2. l. 22. D. 10 3., außerdem act. negotiorum gestorum l. 31. § 7. l. 40. D. 3. 5. — und actio pro socio l. 34. l. 38. § 1. l. 52. § 12. l. 65. § 3. D. 17. 2., endlich l. 32. l. 41. D. 39. 2. de damno infecto, vergl. mit l. 52. § 12. D. 17. 2. Göschen Vorlesungen über d. gem. Civilr. herausgegeben von Dr. Erxleben Bd. I. § 128. no. 3., Ruete l. c., Scherbaum Diss. de pariete communi ejusdemque jure. Argentorati 1747.

c) Selbst zur Niederreißung der gemeinschaftlichen Mauer — jedoch mit der Verpflichtung zu deren Wiederaufbauung in einer ihrer Bestimmung entsprechenden Weise — ist der Einzelne auf gemeinsame Kosten befugt, wenn die Mauer nicht mehr idonea oneribus ferendis war, l. 12 D. 10. 3. — l. 35 — 37. D. 39. 2. Zwar scheint, wie Hesse in der Abhandlung die cautio damni infecti pag. 40. not. 5. annimmt, die l. 8. D. 8. 2. dem gerade entgegenzustehen, indem sie ausspricht: parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi

eum et reficiendi jus non est, quia non solus dominus est — allein es ist wohl mit Grund nach dem Vorgang der Glosse zu l. 12. D. comm. divid. (10. 3.) anzunehmen, daß hier, wo blos von servitutibus praediorum urbanorum gehandelt wird, nur gesagt seyn soll, daß diese Befugniß ex jure servitutis nicht zustehe, wodurch die actio pro socio oder communi dividundo nicht ausgeschlossen ist. Dieser Meinung stimmt Ruete l. c. auch noch aus dem Grund bei, weil die l. 35—37. D. de damno infecto, welche aus des Ulpianus und Paulus Schriften entlehnt sind, und in denen zugleich des Sabinus Ansicht weitläufig referirt und gebilligt wird, die Frage ganz speciell und ausführlich mit Unterscheidung der verschiedenen möglichen Umstände je nach ihrem Einfluß auf die Beurtheilung erörtern, mithin die Ansicht des Gajus, da die aus seinen Werken entlehnte l. 8. D. 8. 2. nur kurz und allgemein gefaßt ist, zurückstehen müßte.

d) Es ist dem Einzelnen erlaubt, eine Privatbadstube an der gemeinschaftlichen Mauer anzulegen, so fern nur nicht durch häufigen Gebrauch eine beständige Feuchtigkeit, welche der Mauer schaden könnte, die Folge davon ist; l. 19. pr. D. 8. 2. Desgleichen einen Backofen, in so fern die Wand durch die Hitze nicht leidet, l. 27. § 10. D. 9. 2. — ferner

e) ein Gewölbe an die gemeinschaftliche Mauer zu legen, wenn dieses nur auch ohne die Mauer ruhen kann, und etwaiger Reparatur der letzteren nicht hinderlich ist, s. Ruete l. c.

f) Ist die Mauer ad onera ferenda bestimmt, so muß es auch jedem Miteigenthümer erlaubt seyn, Balken einzulassen; l. 12. D. 10. 3. — l. 52. § 13. D. 17. 2. — l. 35. l. 41. § 1. D. 39. 2., Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. R. Bd. I. § 62. § 129. no. 4.

Wo nun der im Eingang zur vorliegenden Frage 5. bemerkte Grund für ein ausnahmsweises Erlaubtseyn der Verfügungen des Einzelnen nicht eintritt, da bleibt es bei der oben ausgedrückten Regel. Auch in Bezug auf sie finden sich Exemplificationen in den Gesetzen, indem außer dem allgemeinen Verbot jeder einseitigen Veränderung, Neuerung oder sonstigen Verfügung an oder mit der gemeinschaftlichen Mauer nach l. 26. l. 27. D. 8. 2. — l. 11. D. 8. 5. — l. 28. D. 10. 3. oder deren Belastung mit einer Dienstbarkeit l. 2. D. 8. 1. insbesondere untersagt ist, Wasser- und Rauchröhren an oder gar in die Mauer zu legen, l. 13. pr. l. 19. pr. D. 8. 2. — nichts in dieselbe zu immittiren, seyen es Balken, Haken, Nägel oder was sonst, wenn

die Mauer nicht die Bestimmung ad onera ferenda hat, mithin das immittere dazu erforderlich ist, l. 27. pr. D. 8. 2. nicht Fenster, Lucken, Thüren, Nischen oder Aushöhlungen, überhaupt Löcher in der gemeinschaftlichen Mauer anzubringen, l. 40. D. eod. — l. 28. D. 10. 3. Verboten ist ferner ein projectus in den Luftraum der Mauer, l. 27. pr. D. 8. 2., worunter auch der Fall begriffen ist, wenn die Mauer sich um ½ Fuß oder mehr in die Luftsäule des Andern hineinbiegt, l. 17. pr. D. 8. 5. Ist aber solches Ueberbiegen der gemeinschaftlichen Mauer die Folge zu starker Belastung von Seite des Miteigenthümers, so kommt es gar nicht weiter darauf an, ob es ½ Fuß oder auch weniger ausmacht; l. 17. pr. D. 8. 5. Verboten ist es auch, einen Ofen an die gemeinschaftliche Mauer dergestalt zu setzen, daß diese durch die Hitze leidet, l. 27. § 10. D. 9. 2., sowie auch auf der gemeinschaftlichen Mauer höher zu bauen, l. 13. pr. l. 27. § 1. D. 8. 2. —

Zu 5 a) Die über res communes überhaupt entscheidenden l. 11. D. 8. 5. — l. 3. § 1. D. 39. 1. — l. 27. § 1. D. 8. 2. — l. 28. D. 10. 3. bezeichnen als Folge des gesetzlichen Verbots das Prohibitionsrecht des andern Miteigenthümers. Diesem fügt die letztere Gesetzesstelle noch bei: hat er aber von diesem keinen Gebrauch gemacht, so sind zweierlei Fälle möglich; entweder er hat selbst eingewilligt, oder nicht. Im ersten Fall versteht es sich von selbst, daß er hinterher nicht mehr widersprechen könne; im andern Fall aber kommt es darauf an, ob er anwesend oder abwesend war. War er anwesend, dann berechtigt ihn der verspätete Widerspruch nicht, auf Demolition des opus zu dringen, er kann nur auf Schadenersatz klagen. War er abwesend, so ist der einseitige widerrechtliche Disponent schlechthin zur Hinwegnahme dessen, was er aufgerichtet oder eingerichtet hat, verbunden. Dies ist der klare natürliche Sinn der l. 28. D. 10. 3., welche gleichwohl Glück im Pand. Commentar Bd. XI. S. 137. ganz anders und gewiß unrichtig exponirt, wie aus einer Vergleichung des Urtextes und der Glück'schen Paraphrase von selbst augenfällig wird.

Das Gesetz lautet:

> Sed etsi in communi prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quodsi quid, absente socio, ad laesionem ejus fecit, tunc etiam tollere cogitur.

Glück sagt statt dessen Folgendes:

„Hat ein Theilhaber gegen den Willen der Uebrigen eine Aende-

rung gemacht oder machen lassen, so kann er deshalb nicht nur keinen Kostenersatz von den übrigen fordern, sondern er kann auch zur Wiederherstellung des vorigen Zustands angehalten werden. Hat hingegen ein Fremder eine Veränderung gemacht, und ein Theilhaber, der solches allein verhindern könnte, hat solches geschehen lassen, so kann dieser zwar zur Wiederherstellung nicht gezwungen, aber mit dem judicio communi dividundo auf Ersatz des Schadens belangt werden."

Der von Glück allegirte Hofacker theilt mit ihm nur den ersten Satz: ut id, quod prohibente socio novum factum est, in pristinum statum debeat restitui, s. Princ. jur. civ. P. III. § 3068. D. Mit Recht tadelt Ruete l. c. S. 27. den ersten Theil der Glück'schen Behauptung, weil sie nur in so weit wahr sey, daß in den Fällen, wo ein prohibere der übrigen Theilhaber factisch unmöglich oder juristisch unzulänglich blieb, oder wo es im Interesse aller Theilhaber liegt, daß die Neuerung unterbleibe, cf. l. 13. § 1. D. 8. 2. die Wiederherstellung des vorigen Zustands gefordert werden könne, der zweite Theil aber ganz verwerflich sey, weil die Voraussetzung, daß ein Fremder die Neuerung an einer dritten Personen gemeinsamen Sache unternommen habe, der angeführten Gesetzesstelle ganz fremd ist.

Der Begriff des prohibere wird in l. 1. § 5—11. l. 3. pr. l. 11. § 5. l. 13. § 1. l. 20. § 1. D. 43. 20. dahin bestimmt: prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu, id est vel dicentis se prohibere, vel manum opponentis, lapillumve jactantis prohibendi gratia. Unter den Begriff von Neuerungen und Verfügungen an der gemeinschaftlichen Mauer fallen übrigens nicht die mittelbaren Beschädigungen, wie z. B. die Errichtung einer Badstube an der gemeinschaftlichen Wand, durch welche diese eine beständige Feuchtigkeit erleidet, denn solches muß natürlich sogleich gänzlich beseitigt werden, l. 19. pr. D. 8. 2.

Zu 5 [b]) Im ersten Fall steht ihm nach strengem Römischen Recht keine Klage, sondern nur eine auf den dolus generalis gestützte Retentionseinrede zu, Ruete l. c. S. 65. Im zweiten Fall hat er gegen den wirklichen Mittheilhaber dieselben Rechte für Expensen und Impensen, welche er gegen ihn, wenn er statt des vermeintlichen ihn als seinen Genossen vor Augen gehabt hätte, hätte geltend machen können; cf. l. 6. l. 14. § 1. l. 29. pr. D. 10. 3.

Zu 6) Wenn eine Mauer zwischen zwei Häusern die beiderseitigen Balken trägt, oder nur von der Einen Seite eingelegte Balken nur bis in die Mitte der Mauer und nicht weiter reichen, s. Koch de jure

viciniae S. 465. (was aber ein sehr unsicheres Zeichen ist, da ja die Einlegung von Balken nicht blos ex jure condominii, sondern auch jure servitutis Statt haben kann) oder wenn die Mauer auf beiden Seiten mit Mauerlöchern und Blindfenstern versehen ist, l. 1. § 6. D. 21. 1., Michaelis Baurecht Kap. II. § 3. u. 4. oder beide Nachbarn Fenster darin haben, welche durch die ganze Mauer gehen, und welche Jeder von dem Seinigen aus öffnen kann, oder beide Pechpfannen daran haben, oder Ringe und Haken, um Stangen daran zu legen, arg. l. 6. l. 13. § 5. D. 8. 2., so wird die Mauer als eine gemeinschaftliche erkannt; so auch, wenn die Traufe des Mauerdachs auf beide Seiten geht. Umgewandt gilt sie als Alleineigenthum dessen, der im Besitz ist, seine Balken allein und ganz über die Mauer zu legen, oder beschriebener Maßen Fenster u. dergl. darin zu haben, oder ihm dienende Vorrichtungen, z. B. eine Ableitung, einen Schornstein, Pferdetränke, Wassertrog darin hat.

Wenn die Mauer an einem Hause unten stärker ist, als in der Höhe, oder Pfeiler daran gemauert sind, so wird vermuthet, daß die Mauer dahin gehöre, auf wessen Seite sich solches befindet. Desgleichen wenn eine hervorragende Mauer unter des Einen Dach steht, oder zum Schutz gegen den Regen mit Ziegeln oder einem Wetterdach belegt ist, so wird vermuthet, erstenfalls, daß sie dem gehöre, unter dessen Dach sie steht, oder andernfalls dem, gegen welchen das Wetterdach liegt und wohin der Tropfenfall geht, ingleichen, daß derjenige der Eigenthümer einer Mauer sey, welcher ein Vordach hat, das mit seinen Armen oder Balken auf der Mauer ruht. Auch Wappen und bezeichnende alte Inschriften können als Beweismittel dienen, arg. l. 2. l. 7. D. 50. 10. — l. 1. C. 2. 16., Koch l. c. S. 467., Michaelis Baurecht, Kap. II. § 2.

Eine Vermuthung für ausschließendes oder einseitiges Eigenthum des einen Nachbars entsteht auch, wenn die eine Seite rauh, die andere aber es nicht ist. Dann wird nach einem alten, weit verbreiteten Herkommen, welches wohl jedem Maurer bekannt ist, das Eigenthum der Mauer demjenigen Nachbar zuerkannt, auf dessen Hofraith oder Grundstück sich die rauhe Seite befindet. Sind beide Seiten glatt, oder befinden sich auf beiden Seiten dieselben Rauhheiten, z. B. Mauerpfeiler, so streitet die Präsumtion für eine gemeinschaftliche Mauer. Nach denselben Grundsätzen, nach welchen die zwischen zwei Grundstücken stehende Mauer demjenigen als Eigenthümer zuerkannt wird, auf dessen Seite sich die Traufen, Kragsteine, Steinläufen, Bogen, Pfeiler, Schäfte befinden, s. Hommel Rhaps. obs. 301. § 16. und dessen Pertinenzregister

6*

von Zaun und Wand; Oesterreichisches Gesetzb. § 857., Allgem. preuß. Landr. Th. I. Tit. 8. § 154 159., Vitruv. de architectura Lib. II. c. 8. spricht die Vermuthung bei hölzernen Wänden, Planken, Vormachungen und Einfriedigungen dafür, daß derjenige der Eigenthümer der Planke sey, auf dessen Seite die Köpfe der Nägel sich befinden; Hommel l. c., Sachsenspiegel Buch II. Art. 50., s. überhaupt die empfehlungswerthe Monographie von Ruete die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern nach röm. Recht, Bremen 1843. Von selbst versteht sich übrigens, daß diese Vermuthungen den Beweis des Gegentheils eben so wenig, als abweichende specielle, provincielle, örtliche Vorschriften ausschließen; Scholz das Baurecht § 65—67., Weiske Handb. d. allg. d. Landwirthschaftsrechts § 86.

Zu 6 a) Dann wird sie im Zweifel für gemeinschaftlich gehalten; l. 19. D. 10. 3.

Zu 7) Er kann nach bewirktem gerichtl. Augenschein die Ausbesserung vornehmen und die Besserungskosten durch die act. pro socio oder communi dividundo fordern, l. 52. § 10. D. 17. 2. — l. 12. D. 10. 3., Michaelis l. c. Kap. II. § 7. und wenn er sie in 4 Monaten nicht erhält, so hat er die Wahl, die Erstattung der Halbscheid zu prosequiren, oder sich die Mauer im Alleineigenthum zuerkennen zu lassen; l. 4. C. 8. 10. — l. 32. D. 39. 2. — l. 52. § 10 D. 10. 3. — Dabei ist jedoch vorausgesetzt, daß die Eigenschaft einer gemeinschaftlichen Mauer unbezweifelt sey. Derjenige, welcher den andern Nachbar nach erfolgtem Einsturz der ihre Besitzungen scheidenden Mauer aus dem Grund, weil sie des Andern privates Eigenthum sey, auf Wiederherstellung derselben belangen will, muß beweisen, daß die Mauer des Beklagten Eigenthum sey; s. Schmidt nachgelassene Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 17.

Zu 8) Der Nachbar, auf dessen Seite ich das Traufrecht habe, muß sich mit Bauen auf 2 Fuß von meinem Gebäu entfernt halten; l. 14. D. 8. 2.*) l. 13. D. 10. 1.

Zu 9) Er muß dann, wenn ich versäumt habe, zu prohibiren,

---

*) Das den Häusern zustehende Traufrecht gilt von der gegen die Straße oder einen öffentlichen Platz gerichteten Seite der Häuser, s. Weiske skeptisch-prakt. Behandl. einiger civilr. Gegenstände S. 92. — Einer Gränzmauer könnte dasselbe eigentlich nicht zugeschrieben werden, eben weil sie schon auf der Gränze selbst steht, s. Weiske l. c. allein geradezu läßt sich das nicht von jeder Mauer annehmen, sie kann ja prope viam stehen, s. Hommel Rhaps. Obs. 301. § 6.

den Tropfenfall und dessen Ableitung auf sein Gebäude übernehmen; l. 20. § 6. D. 8. 2. — Michaelis l. c. Kap. IV. § 6.

Zu 10) Häufig wird eine Entfernung von 3 Fuß statuirt, s. Hildebrand D. de legit. praed. spatio § 6., Michaelis Baurecht S. 40. §. 4., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 388. Im Allgemeinen muß das Gutachten der Bauverständigen über die Bedingungen der Unschädlichkeit bei Anlegung von Latrinen, Mistgruben, Backöfen und Feuerstätten entscheiden, s. l. 17. § 2. D. 8. 5, Glück P. C. Bd. X. S. 133. u. 137. § 673. — Für die Entfernung von 3 Fuß führt Glück l. c. die ausführliche Verordnung im Harmenopulus Manuale legum Lib. II. tit. 4. no. 78. in Betreff der Latrinen und Dungstätten an, womit der Sachsenspiegel Buch 2. Art. 51. und das sächs. Weichbild Art. 122. übereinstimmen.

Irrig ist es wohl, wenn Leyser Sp. 107. M. 6. aus dem Grund, weil die Römer keine solchen Cloaken hatten, wie wir, folgert, daß gemeinrechtlich die Entfernung vom Nachbar der Tiefe der Cloake nach l. 13. D. 10. 1. gleich seyn müsse. Die Römer kannten allerdings auch die Latrinen, s. Glück l. c.

Zu 11) Wenigstens 2 Fuß weit, damit nicht der Tropfenfall den Grund meines Nachbars belästige oder in die Wurzeln und Zweige meiner Hecke eindringe; l. 13. D. 10. 1., Michaelis l. c.

Zu 12) Bekanntlich ist das germanische Recht der natürlichen Freiheit in Bausachen weit mehr entgegen, als das römische Recht, s. Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VI. S. 78., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. IV. no. 1., Schröter vermischte Abhandl. zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. II. S. 145. Das Socialprincip, auf welchem das Wohl aller Gemeinheiten beruht, hat der Baupolizei ein eigenes Gebiet hier eröffnet, und nach dem Grundsatz, daß das öffentliche Recht dem Privatrecht vorgeht, findet letzteres eine unumstößliche Schranke in der Polizeigesetzgebung, welche z. B. durch ihre Vorschriften über den Bau der Häuser in Beziehung auf Zwischenraum, Höhe, Form u. dergl.*), an die Stelle ähnlicher Bestimmungen in Cod. VIII. 10. de aedificiis privatis tritt.**) Aber auch auf dem Rechtsgebiete finden wir, obgleich im Eigenthumsrecht die Freiheit liegt,

*) Mehrere solche Gesetze einzelner Länder und Städte s. Erlabeck D. de juribus aedificiorum. Altdorf 1760.

**) Dahin gehört auch l. ult. C. 11. 29., wonach die area eines durch Nachlässigkeit des Besitzers eingefallenen Hauses dem Staat anheimfiel, desgl. l. 52. D. 18. 1. — l. 41. § 1. l. 114. § 9. D. de legat. I. (30.)



Luft- und Lichtöffnungen nach Belieben zu machen und auf eigenem Boden in beliebiger Form und Höhe zu bauen, l. 9. D. 8. 2. — l. 24. § ult. D. 39. 2. — l. 151. D. 50. 17., Hagemann prakt. Erört. Bd. VI. S. 78. doch auch manche Beschränkungen, z. B.

a) was Gemeingut ist, wie Luft, Licht, Wasser, darf keiner dem Andern ganz entziehen. Daraus folgt unter andern (s. Fr. 15.), daß man der Dreschtenne des Nachbars den Luftzug nicht benehmen darf. l. ult. C. 3. 34. — Analog gilt dies auch zum Besten einer Windmühle gegen Anlegung zu hoher Gebäude, welche ihr den Wind entziehen würden; s. Gründler Polemik d. german. Rechts Th. II. S. 430., v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. no. 4., Bd. IV. no. 1. u. 2., Stryck Usus mod. Pand. Lib. 39. tit. 4. § 494., Pufendorf Obs. jur. univ. T. IV. Obs. 232. § 494., Hering de molendinis eorumque jure. qu. 43. u. 44. A. M. ist Westphal de libertat. et servitut. praediorum. P. II. L. 3. no. 8.*) Nach preußischem Recht ist die 12fache Breite des Windfangs der bestehenden Windmühlen als diejenige Distanz angenommen, welche bei Anlegung einer neuen Windmühle gegen die älteren Windmühlen zu beobachten ist, s. v. Kampz Annalen Bd. VI. S. 422. — Wenn auf einem öffentlichen Platz, welcher dem gemeinen Gebrauch dient, ohne obrigkeitliche Erlaubniß oder über deren Gränzen hinaus von einem Privaten eine Vorrichtung gemacht wird, so kann jeder andere Private, welchem dadurch irgend ein Vortheil, z. B. Mitgebrauch, Zugang oder Aussicht entzogen wird, auf deren Entfernung dringen; Puchta Lehrb. d. Pand. § 400.

b) Eine andere Begränzung liegt in dem Grundbegriff von Rechten, welcher nothwendig ein Interesse voraussetzt, daher Niemand ohne allen andern Zweck, blos um dem Andern zu schaden, bauen darf; Nov. 63. c. 1. — l. 3. D. 50. 10. — cf. l. 1. § 6. 12. l. 2. § 9 D. de a. et a. pl. arc. act. (39. 3.), Struve l. c., Gaill Obs. 69. no. 17., worüber nach Beschaffenheit der

---

*) Eine Entscheidung des A. G. in Leipzig ging dahin: Windmüller können nicht ohne weiteres gegen Eisenbahninhaber klagen, weil diese den Windzustrom hinderten, oder Staub- und Wirbelwind verursachten; l. 14. C. 3. 34. kann, weil sie das Eigenthum beschränkt, nicht ausdehnend angewendet werden, Mittermaier deutsch. Privatr. § 296. d. 6. Ausg. Eine Concession zum Mühlgewerbe ertheilt nur das Recht zum Betriebe, nicht Garantie für Fortdauer natürlicher Erforderniße; Biener Op. II. p. 82.

Sachen auf Gutachten der Bauverständigen provocirt werden kann; s. Struve l. c., doch wird nicht schlechthin erfordert, daß der Bauende einen eigenen vernünftigen Zweck habe, er kann auch einem Andern einen Vortheil verschaffen wollen, und dann kann der Dritte, welcher dabei verliert, nicht sagen, daß es ihm zum Tort geschehen sey; s. Struve l. c. § 37.

c) Man kann auch mittelbar in die Sphäre des Andern hinüberschweifen, aber dies kann eben so wenig als rechtmäßig gelten. In dieser Hinsicht bestimmt l. 8. § 5. 6. D. 8. 5. in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat. So darf man nicht durch eine Vorrichtung den Rauch auf die Besitzung des Nachbars leiten, auch keinen ungewöhnlichen, dem Nachbar schädlichen Rauch erzeugen. Ueber die Erklärung der l. 8. § 5. cit. sind zwar die Rechtsgelehrten nicht einig. Einige behaupten, nicht der gewöhnliche Rauch vom eigenen Feuerheerd, sondern nur derjenige, welcher außergewöhnlich als Folge von Gewerbsapparaten dem Nachbar zuströmt, gebe diesem ein Recht zum Widerspruch; s. Spangenberg im civilist. Archiv Bd. IX. S. 265., Thibaut System d. P. R. § 701. (Ed. 8.) Andere legen das Gewicht schlechthin auf das Wort immittat, und statuiren daher, daß nur das positive Hineinlassen oder Leiten nicht erlaubt sey, außerdem aber das Erregen eines Rauchs auf eigenem Boden und das damit verbundene blos naturgemäße Verbreiten und zufällige Hinüberziehen desselben in die Luftsäule des Nachbars nicht verhindert werden könne, mithin darauf, ob der Rauch ein gewöhnlicher oder außergewöhnlicher sey, nichts ankomme; s. Elvers allgem. jur. Zeitung v. J. 1828. no. 117. S. 466., vergl. Gesterding Nachforschungen Bd. III. S. 398., Funke Beiträge no. 3., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 385. (s. jedoch dagegen Bd. VIII. Abth. 2. S. 65. der Fortsetzung dieses Werks von Spangenberg). Hartitzsch in den Entscheidungen prakt. Rechtsfragen no. 337. behauptet, der Rauch möge dem Nachbar durch Vorrichtungen zugeführt werden oder nicht, so habe dieser ihn niemals zu dulden, wenn sein Besitzthum nicht neben, sondern über dem andern, d. i. höher gelegen und wegen seiner Lage und Nähe dem Rauch auf eine dessen Gebrauch störende Weise ausgesetzt ist.*) — Wenden wir uns aber an die

*) Es heißt nämlich leg. cit.: Aristo respondit, non putare se, ex taberna casearea fumum in *superiora aedificia* immitti posse. Unter

einschlagenden Gesetzstellen l. 8. § 5—7. D. 8. 5. selbst, so finden wir zwei Dinge für unzulässig erklärt, nämlich das künstliche Hinüberleiten des Rauchs auf des Andern Besitzthum, und die Erzeugung eines außergewöhnlichen den Nachbar nothwendig belästigenden und beschädigenden Rauchs oder schädlicher Dünste; s. Gesterding l. c.*) Dieses geht besonders aus § 5.

---

aedificia kann wohl nicht, wie Spangenberg im civilist. Archiv Bd. IX. p. 266. meint, das obere Stockwerk desselben Hauses, sondern des Nachbars höher gelegenes oder über die taberna casearea vorragendes Gebäude verstanden werden. Der tiefer liegende Nachbar hat natürlich nie Ursache, sich zu beschweren, Funke l. c.

*) Die nachtheiligen Einwirkungen einer Gasfabrik durch Ueberströmen des Steinkohlenrauchs und der ammoniacalischen Dämpfe ꝛc. veranlaßten einen Nachbarn, die actio negatoria zu erheben und zu bitten: daß Beklagter die bezeichnete Gasbereitungsanstalt von ihrem gegenwärtigen Standpunkte auf eigene Kosten zu entfernen, oder wenigstens die Steinkohlenfeuerung und die Bereitung von Gas in derselben gänzlich einzustellen habe. Vom O. A. G. in Dresden (s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1849. no. 26. S. 203.) wurde die Klage für begründet erachtet, und auf Beweis des Klaggrunds erkannt. Gründe: die l. 8. § 5. 6. 7. D. 8. 5. berechtige den Nachbar, ein durch besondere Veranstaltungen zu einem außergewöhnlichen Zweck herbeigeführtes Eindringen des Rauchs aus dem Nachbargrundstücke, woraus ihm zugleich ein erheblicher Nachtheil erwächst, nicht zu dulden. Das im § 5. cit. enthaltene Verbot der immissio fumi hat zwar nur den Fall vor Augen, wenn von einem niedriger gelegenen Grundstück der nach allgemeinen Naturgesetzen der Regel nach in die Luft sich erhebende Rauch auf das höher befindliche Grundstück einströmt, — aber der Grund des Verbots paßt eben so gut bei neben einander gelegenen Grundstücken.

Es wird übrigens vorausgesetzt, daß das Zuströmen des Rauchs eine in der gewöhnlichen Benützung des Grundstücks hinderliche, und sonach als positiver Schade sich darstellende Belästigung mit sich bringe, l. 26. D. 39. 2.

Die angeführten Gesetzesstellen deuten zwar hinsichtlich der Frage, ob nur ein durch künstliche Vorrichtungen auf das Nachbargrundstück geleiteter, oder auch ein durch die Richtung des Windes, mithin mehr zufällig dahin getriebener Rauch die Negatorienklage begründe, mehr auf ersteres (verb. fumum immittere und vermöge der Schlußworte des § 8.), indessen schließt dies doch eine analoge Anwendung auf die Fälle nicht aus, wo der Eigenthümer des Grundstücks, von welchem der Rauch in Folge eines besondern Apparats in ungewöhnlicher Masse aufsteigt, demselben zwar freien Lauf läßt, und keine besonderen Anstalten trifft, um ihn dem Nachbargrundstück zuzuführen, das Einströmen des von der Luftströmung fortgeführten Rauchs aber auf das Letztere so regelmäßig und ununterbrochen erfolgt, oder wenigstens in so kurzen Zwischenräumen sich wiederholt, daß erheblicher Schaden daraus entsteht. — Der Kläger hatte hiernächst sich auch über die durch die Gasbereitungsanstalt gleichfalls angeblich herbeigeführte Inficirung des Wassers der

l. cit. hervor, wo der Fall behandelt ist, da der Bewohner des oberhalb gelegenen Gebäudes sich gegen den Besitzer der niedrigeren taberna, welcher darin Käse räucherte, beschwert hat, und letzterem solches außer dem Fall eines Servitutrechts nicht zugestanden wurde, obgleich der Rauch sich da nicht durch künstliche Leitung, sondern naturgemäß zu dem höheren Gebäude zog. Es war aber eine außergewöhnliche Raucherzeugung und nur wegen eines fumus non gravis wird in § 6. leg. cit. keine Klage gestattet. Fragt man, was in solchen Fällen polizeilich oder Rechtens ist, so darf man wohl mit Spangenberg l. c. annehmen, daß es Polizeisache sey, in so fern das Geschäft oder das opus des Nachbars blos die Sinne unangenehm oder gar schädlich afficirt, Rechtens aber, wenn der Nachbar etwas Körperliches, wie Rauch, Staub, Materialabfälle, Dämpfe u. dergl. dem Andern zuführt.

So darf man auch nicht Steine auf eigenem Grund und Boden hauen, wenn die Splitter in das Eigenthum des Nachbars fallen, l. 8. § 5. D. 8. 5., kein protectum (Wetterdach) errichten, welches über des Andern Haus ragt, l. 29. § 1. D. 9. 2. oder sein Dach so weit erstrecken, daß der Tropfenfall auf des Andern Grund geht, l. 21. § 2. D. 43. 24. oder unter des Andern Grund graben, l. 24. l. 26. D. 39. 2. — l. 29. § 1. D. 9. 2.

d) Nach einem uralten deutschen Gewohnheitsrecht steht jedem Besitzer einer Mauer, um eine Reparatur an der eigenen Wand derselben vorzunehmen, der Hammerschlag und das Winkelrecht zu, vermöge dessen er seine baufällige Mauer innerhalb des Winkels

---

auf seinem Grundstück befindlichen Brunnen mit schädlichen, die Benützung des Wassers hindernden Stoffen beschwert, welche aus den Gruben und Cisternen, worin die zu Bereitung des Gases nöthigen Flüssigkeiten enthalten wären, und aus den Gasleitungsröhren in den Boden eindrängen, und sich dort mit dem Brunnenwasser verbänden. In dieser Beziehung sagen die Entscheidungsgründe, daß die Immission flüssiger Körper, welche nachtheilig auf das benachbarte Grundstück einwirken, eben so wenig gestattet sey, als die von festen Körpern, s. l. 3. pr. D. 39. 3. si tamen aquam corrivet, vel si spurcam immittat, posse eum impediri; cf. l. 3. § 3. D. eod. In l. 19. pr. D. 8. 2. u. l. 13. l. 17. § 2. D. 8. 5. wird die Negatorienklage für begründet erklärt, wenn aus der Miststätte eines Grundbesitzers oder seinen beschädigten Kanälen, oder seinen warmen Bädern auf das Nachbargrundstück zufällig demselben schädliche Feuchtigkeiten eindringen, s. Franke im civilist. Archiv Bd. XXI. no. 1. S. 32.

herzustellen befugt ist, s. Mittermaier deutsch. Privatr. § 149., Prosch die Rechte der Nachbarn S. 471.

e) Besondere Dispositions-Beschränkungen des Eigenthümers von Häusern und Grundstücken sind aus den verschiedenen Arten des meist deutschrechtlichen Näherrechts entsprungen, welche eine ältere Staatskunst geschaffen, die neuere meist verworfen hat, daher diese Retractsrechte nur noch auf Particularrechten beruhen können, s. Eichhorn deutsch. Privatr. § 99. Vom gesetzlichen Vorkaufsrecht des dominus emphyteuseos, s. l. ult. C. de jure emphyt., dem lehenherrlichen nach II. F. 9. und anderen im R. R. begründeten Arten des juris protimiseos, s. Glück P. C. Bd. XVI. § 993.

Zu 13) Für diesen Fall findet sich eine — jedoch, wie Hagemann in den prakt. Erörter. Bd. VI. S. 81. not. 9. versichert — selten in Gebrauch stehende baupolizeiliche Vorschrift in l. 12. § 1. C. 8. 10.*) ut, qui proprias domus renovare cupiunt, non solum veterem formam non excedant, aut lumen vel prospectum auferant adversus ea, quae pridem constituta sunt. Man ist indessen über die Bedeutung dieser Gesetzstelle nicht einig. Manche verstehen sie blos von dem Fall, da in Ansehung der vorigen Form des Gebäudes ein bestimmtes Recht des Nachbars vermöge einer Servitut oder gesetzlichen Vorschrift bestanden hat, s. Glück P. C. Bd. X. S. 115., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 342. not. 3.; allein hätte da das Gesetz nicht etwas ganz Ueberflüssiges gesagt? In den Cons. Tubing. Vol. VI. no. 10. § 40. wird der Satz in suo solo cuilibet liberum esse, pro lubitu et pro arbitrio aedificare *et aedificii formam* immutare, etsi aedificando in suo alteri noceat aus der l. 9. D. de S. P. U. begründet, allein diese handelt nicht von Reädification, sondern nur von Aufführung neuer Gebäude. Für jene scheint daher doch die Vorschrift der l. 12. cit. se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere eine Beschränkung der Baufreiheit zu bezwecken, wofür auch l. 1. C. 3. 34. u. l. 11. pr D. 8. 2. zu sprechen scheint. Unter den Worten: quae pridem constituta sunt wäre wohl gemäß l. 1. C. 3.

---

*) Eine lex restituta, welche durch die folgende glossirte l. 13. bestätigt, deren Gesetzeskraft daher wohl nicht zu bezweifeln ist, s. v. Bülow Abhandl. Th. II. Abth. 2. S. 276., Westphal de libertat. et servit. praed. § 108., Selchow Electa jur. Germ. pag. 46. u. 61., Boehmer novum jus controvers. T. II. pag. 544.

34. longi temporis consuetudo zu verstehen, s. Pfeiffer prakt. Ausführung. Bd. IV. S. 9.

Zu 14) Wenn Glück im P. C. Bd. IV. § 319. den Satz aufstellt: „wenn ich auf meinem Eigenthum einen Brunnen — wo nämlich vorher keiner stand — grabe, und dadurch dem Brunnen meines Nachbars das Wasser entziehe, so kann er deswegen keinen Schadenersatz von mir fordern," so sind doch neben diesem dem Wasserrecht entnommenen Grundsatz auch die für das Baurecht bestehenden eigenthümlichen Gesetzesvorschriften zu berücksichtigen; l. 13. D. 10. 1. sagt unter andern: Wenn Jemand ein Grab oder eine Grube gräbt, so muß er so viel Zwischenraum, als sie Tiefe hat, lassen, wenn einen Brunnen, eine Klafter Breite. Nach l. 24. § ult. D. 39. 2. darf ich, wenn ich einen Keller grabe, dem Nachbar nicht so nahe kommen, daß dessen Gebäude im Fundament Schaden leiden kann, und wenn ich ihn unter eine öffentliche Straße baue, so muß ich ihn so verwahren, daß die darüber Passirenden nicht hineinfallen können; arg. l. 28. D. 9. 2. — l. 6. C. 11. 6. — l. 21. § 2. D. 43. 24. Wer einen Zaun längs einem fremden Grundstück setzt und in die Erde gräbt, darf die Gränze nicht überschreiten, wenn eine Mauer, so lasse er einen Fuß, wenn aber ein Haus, zwei Fuß Zwischenraum; l. 13. D. 10. 1. Wenn aber die römischen Baugesetze nicht, wie Manche annehmen, s. Michaelis l. c. Kap. IV. § 8., Eisenhart Diss ad l. 13. D. fin. reg. h. z. T. buchstäblich anwendbar sind, so bleiben sie es doch im Princip, und was die Entfernungen und Zwischenräume betrifft, so sieht man in Ermanglung von Local-Baustatuten und Observanzen auf das Gutachten der Sachverständigen; Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VII. S. 388., Glück P. C. Bd. X. S. 133.

Zu 15) Auch wenn der Nachbar kein Servitutrecht darauf erworben hat, muß ich ihm doch so viel Licht übrig lassen, daß dessen Bewohner sehen können, und darf ihm das Licht nicht ganz verbauen. Gesterding in der Ausbeute von Nachforsch. Th. III. S. 453. will zwar von gar keiner Beschränkung hierin wissen, weil die l. 12. § 1. C. de aedif. priv. nicht glossirt sey, und die l. 10. in f. D. 8. 2. nur von einem besonderen Fall rede, allein es ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, deren Ausspruch blos auf den veranlassenden Fall zu beschränken, vergl. das zu Nr. 12. lit. a. Gesagte. — l. 30. D. 7. 1. — Michaelis Baurecht Kap. VI. § 2., Hagemann l. c. Bd. VI. S. 78.

Zu 16) Hinsichtlich dieser Streitfrage scheint die bejahende Meinung vorzuherrschen, welche sich darauf stützt, daß die l. 40. D. 8. 2.

solches nur in einer gemeinschaftlichen Mauer verbietet, und daß außerdem die servitus ne prospectui et ne luminibus officiatur, s. l. 15. D. 8. 2. ganz überflüssig wäre; Glück P. C. Bd. X. § 670., Struve l. c. § 32., Michaelis l. c. dagegen die entgegengesetzte Meinung durchaus nicht mit der l. 8. § 5. D. 8. 5. zu vereinigen wäre, wonach jeder in seinem Eigenthum alles vorzunehmen berechtigt ist, quatenus nihil in alienum immittat. Indessen hat neuerlich Fahne vom Fenster- und Lichtrecht nach römischem gemeindeutschem, preußischem und französischem Recht, Berlin 1825. auszuführen sich bemüht, daß das Lichtschöpfen — wozu die Fenster nur als Mittel dienen — auch im eigenthümlichen Gebäude nicht immer jure dominii begründet werden könne. Wenn ich nämlich mein Gebäude dicht an die Gränze setze, so will ich damit den über dem Grundstück meines Nachbars befindlichen Raum gewinnen, um Licht und Luft dadurch einzunehmen, was ich naturrechtlich nicht, sondern nur servitutweise erlangen kann. Dieser Ansicht, welche der Verf. durch einige Stellen aus Harmenopolus unterstützt, sind deutschrechtliche Gewohnheiten und Statuten häufig entsprechend. In den meisten Städten besteht ein Fenster- oder Lichtrecht, welches die natürliche Freiheit beschränkt, nach Willkühr Fenster auzulegen, welche gegen des Nachbars Hof oder Grundstück gehen, diesem aber auch, wo sie hergebracht sind, die Freiheit entziehen, solche durch Aufführung von Gebäuden zu verdunkeln; s. Eichhorn deutsch. Privatr. § 183., Runde deutsch. Privatr. § 275., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 185., Pfeiffer prakt. Ausführung. Bd. IV. no. 1., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 169. T. II. in Append. Beruht solches Recht auf Gewohnheit, so muß diese freilich erst erwiesen werden; denn außerdem kann er dem Nachbar nicht die Freiheit zur Aufführung eines Nebengebäudes, wodurch seine Fenster verdunkelt werden, verhindern; Erk. d. O. A. G. zu Jena in Seufferts Archiv Bd. VI. H. 1. S. 24. Der Richter kann es nur dann als bestehend annehmen, wenn ihm mehrere Fälle vorgelegt werden, in welchen es zur Anwendung gekommen ist; l. 34. D. 1. 3. — cf. l. 3. C. 8. 10. Praeses provinciae, probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet. Er darf aber auch in solchen Baustreitigkeiten dem Urtheil der Bauverständigen, wie in Gränzstreitigkeiten den mensoribus, ein nicht geringes Gewicht beilegen. Besteht nun eine solche Observanz, durch welche die Anlegung von Fenstern in der eigenen Wand beschränkt ist, so wird durch die observanzwidrige Anlegung eine servitus fenestrarum auszuüben begonnen, und durch 10jährigen Bestand vollständig

erworben seyn, und wenn der Besitzer an die Stelle des vorigen ein neues Gebäude aufführen wird, das Fensterrecht in eben dem Maße pro modo et numero von ihm geltend gemacht werden können; arg. l. 20. § 2. D. 8. 2. — So erkannte das herzoglich Braunschweig'sche Landesgericht zu Wolfenbüttel, s. Sammlung interessanter Aufsätze Bd. I. S. 71. Braunschw. 1837. Aehnliche Beschränkungen finden sich dort auch in der Art, daß Fenster, welche gegen des Nachbars Grundstück gerichtet sind, 6 Fuß hohe Brüstungen haben und mit eisernen in Entfernung von höchstens 8 Zoll in senkrechter und waagrechter Richtung sich durchkreuzenden Stäben vergittert seyn müssen, vergl. übrigens unten Kap. III. § 3. Fr. 12.

Zu 17) Die l. 12. § 2. C. 8. 10. — l. 13. D. 10. 1. — l. 14. D. 8. 2. bestimmt einen Zwischenraum von 12 Fuß bei praediis urbanis und 2 Fuß bei praediis rusticis, s. Weiske skeptisch-prakt. Behandlung einiger civilr. Gegenstände S. 83. ꝛc. So weit mußte demnach der Erbauer sein Haus von der Gränze seines Eigenthums zurücksetzen. Die Verschiedenheit der deutschen von der orientalischen Bauart scheint zwar der Anwendbarkeit dieser Bestimmung bei uns entgegen zu stehen, jedoch wird nicht ohne Grund von Bülow in den Abhandlungen über einzelne Materien des bürgerlichen Rechts Th. II. S. 279. angenommen, daß der Anwendbarkeit auf Hinter- und Nebengebäude nichts entgegenstehe, vielmehr die feuergefährliche Annäherung und Anhäufung der den Löschanstalten weniger zugänglichen Hintergebäude zu aller Zeit diese Fürsorge erfordere.

Zu 18) Der Eigenthümer eines Schaden drohenden opus manufactum, sowie jeder Andere, welcher ein dingliches Recht daran hat, kann auf Refection und allenfallsige Cautionsleistung wegen des besorglichen Schadens mittelst einer act. in factum belangt werden. Aus der Cautionsleistung, welche Jeder fordern kann, welcher seine von Gefahr bedrohte Sache nicht widerrechtlich hingestellt hat, l. 13. § 11. D. 39. 2. folgt dann eintretenden Falles ohne weiteres die Entschädigungs-Verbindlichkeit, l. 9. pr. D. 39. 2. Widerrechtliche Verweigerung der Caution berechtigt zu den Zwangsmitteln der Immission ex primo et secundo Decreto, l. 5. pr. l. 15. § 16. 23. 33. l. 44. § 1. D. 39. 2. Bemerkenswerth ist, daß die Entschädigungs-Verbindlichkeit auch dann eintritt, wenn die Klage auf Caution wenigstens präparirt und nur durch unvermeidliche Hindernisse zurückgehalten war; l. 9. pr. D. 39. 2. civil. Archiv Bd. VIII. S. 158. Ist dieses alles zwar h. z. T. mehr Polizeisache, so sollten doch immer die leitenden Grundsätze beobachtet werden.

Zu 19) Sie gelten als Pertinenzen des Grund und Bodens, gehören demnach zu den Immobilien, wie Walch in controv. jur. civ. pag. 114. § 2. gegen Carpzov P. III. Const. 24. Def. 8. ausführt, s. auch Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. Obs. 40. § 3. Die Mühlengerechtigkeit wird als obrigkeitlich concessionirtes Realgewerbe betrachtet und die Windmühle hängt auch mit dem Boden zusammen. Auch Schiffmühlen gelten dann für Immobilien, wenn zu deren Anlegung ein gewisser Ort angewiesen worden ist, welchen sie nicht verändern dürfen; Scholz Baurecht § 69., Glück P. C. Bd. II. § 173. a. E.

---

§ 2. Vom Wasserrecht.

Dig. XXXIX. 3. de aqua et aquae pluviae arcendae. Cod. III. 34. de servitutibus et aqua. Cod. XI. 42. de aquaeductu. Dig. XLIII. 20. de aqua quotidiana et aestiva. Dig. XLIII. 21. de rivis. Dig. XLIII. 22. de fonte. Dig. XLIII. 12. de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur. Dig. XLIII. 13. ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit. Dig. XLIII. 14. ut in flumine publico navigare liceat. Dig. XLIII. 15. de ripa munienda.

Die heutige Anwendbarkeit des R. R. in dieser Materie wird zwar sehr bezweifelt, nicht sowohl Privaten den Privaten, als besonders dem Staat gegenüber. Die vom Staat einmal occupirte Sphäre bleibt nun freilich dem R. R. verschlossen, außerdem aber machen dessen Bestimmungen auch h. z. T. die Regel aus, wenn die Frage über das Eigenthum der Inseln, Alluvionen und des Flußbettes entsteht, vergl. Eichhorn Einl. in das deutsche Privatr. § 269., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. no. 12., Köchy civil. Erörter. Bd. I. S. 71., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 41. tit. 1. § 18—22.

Abschnitt 1. Rechte und Pflichten im Allgemeinen.

1) Wie weit geht die Dispositionsbefugniß des Grundeigenthümers über das in seinem Grund entspringende Wasser?
2) Allgemein wird gelehrt: die größeren Flüsse, besonders die schiff- und flößbar zu machenden, sind öffentliches Eigen-

thum, die kleineren können, wie auch die Bäche Privat-eigenthum seyn. Dabei fragt sich nun zuerst: welche Flüsse sind öffentliche Flüsse? dann

a) ob unter der Bezeichnung „öffentliches Eigenthum“ ein Regal oder Staatseigenthum oder ein Gemeingut zu verstehen sey?

b) ob an den Privatflüssen und Bächen ein eigentliches Privateigenthum Einzelner, oder ein Gesammteigenthum der Adjacenten, oder nur ein gemeinschaftlicher Gebrauch derselben anzunehmen sey?

3) Bekanntlich können auch an größeren Flüssen besondere ausschließende oder den gemeinen Gebrauch hindernde Nutzungsrechte durch Verleihungen — welchen der unvordenkliche Besitz gleich steht — von Privaten erworben seyn, welche dann eben so, wie die Verleihung von niederen Regalien überhaupt zu beurtheilen sind, und von welchen daher der Grundsatz zu gelten scheint, daß sie wie jedes wohlerworbene Recht nur gegen Entschädigung zu weichen haben, s. Eichhorn l. c. § 267. u. 268. Indessen wird es doch öfters in Frage gezogen, ob der Staat sich durch solche Verleihungen jeder im öffentlichen Interesse zu treffenden Verfügung über einen öffentlichen Fluß, durch welche Mühlen oder Wässerungs-Anlagen oder Fischereien Eintrag geschieht, begeben habe, ob er z. B., wenn er ein bisher nicht schiffbares Wasser zu einem schiffbaren Fluß macht, oder wenn er eine neue Concession zu einer industriellen Anlage ertheilt, durch welche eine früher ertheilte ihre Nutzbarkeit ganz oder zum Theil verliert, Entschädigung zu leisten verbunden ist, desgleichen, ob die an einem öffentlichen Flusse oder Bache liegenden Mühlen-, Schleußen- oder Fischereibesitzer ein Widerspruchsrecht gegen eine vom Staat einzurichtende Holzflößerei haben?

4) Wir nehmen als unbezweifelt an, daß der Grundeigenthümer mit dem auf seinem Grund und Boden entspringenden Wasser unbeschränkt durch unterhalb gelegene Mühlenbesitzer, denen das Wasser durch seinen Verbrauch entzogen wird, disponiren könne; wie aber, wenn er als Eigenthümer zweier Mühlen die unterhalb liegende verpachtet hat?

5) Bekanntlich kann der Eigenthümer des tiefer liegenden

Grundstücks*) nicht solche Einrichtungen treffen, wodurch das Wasser gehindert wird, seinen natürlichen Lauf über dasselbe zu nehmen, sondern muß dies als ein incommodum naturae oder vitium soli dulden, l. 1. § 1. u. 2. 10. 22. l. 3. pr. § 1. u. 2. l. 6. D. 39. 3.; wie aber,

a) wenn von Alters her auf dem oberhalb gelegenen Grundstück ein nicht von Natur, sondern durch Menschenhände gebildeter Graben oder dergleichen Schutzanstalt bestanden hat, wodurch das unterhalb gelegene Grundstück vor dem Zuströmen des Wassers bewahrt war, der Besitzer des ersteren aber jene aufhebt oder den Graben einebnet, kann der Besitzer des letzteren dann gleichwohl auf die Wiederherstellung klagen?

b) desgleichen, wenn ein auf des Nachbars Grundstück befindlicher, das meinige vor dem Wasser schützender Damm nur von Natur gebildet war und mit der Zeit verfallen oder durch Naturgewalt zerstört worden ist?

6) Kann der höher Gelegene vom Besitzer des tiefer liegenden Grundstücks verlangen, daß dieser auf seine Kosten den an diesem sich fortziehenden natürlichen Wasserweg (z. B. Fluß oder Bach) oder den von Menschenhand angelegten Graben, um Stemmung des Wassers zu verhüten, reinige, oder nur daß er dem Ersteren gestatte, denselben zu reinigen?

7) Worauf kann der Besitzer des niedriger gelegenen Grundes gegen den Besitzer des höher gelegenen klagen, wenn dieser ihm das Wasser durch künstliche Vorrichtungen auf eine beschädigende Weise zugeführt hat?

8) Wenn die Gesetze in Bezug auf die von Alters her für den Wasserablauf bestehenden Einrichtungen sagen: vetustatem vim legis tenere, was für ein Zeitraum ist darunter zu verstehen?

---

*) Nämlich desjenigen, welches von dem natürlichen Lauf des Wassers betroffen wird; denn nicht schlechthin jedes tiefer liegende Grundstück ist das Wasser aufzunehmen verpflichtet. Nimmt aber der Eigenthümer des natürlich belasteten Grundstücks widrige Vorkehrungen vor, so kann derjenige, welchem dadurch das Wasser widerrechtlich zugeführt wird, sowohl gegen den eigentlichen Störer der natürlichen Ordnung, als auch wenn dieser ein entfernter ist, gegen seinen unmittelbaren Obernachbar, durch welchen ihm zunächst das Wasser zugeführt wird, nach eigener Wahl klagen; l. 6. pr. D. 39. 3., Elvers allg. jur. Zeitung v. J. 1828. no. 117. S. 477.

9) Wenn durch Uferrisse oder Verschlemmung des Wasserbettes an meinem anliegenden Grundstück eine Ueberschwemmung entstanden ist, können mich die Angrenzer zur Wiederherstellung des Ufers und Reinigung des Wasserbettes zwingen?
10) Ist der Uferbesitzer befugt, seine Uferseite zu erhöhen?
11) Wenn ein Teich seinen Damm durchbricht, haben die Besitzer der dadurch überschwemmten Grundstücke deshalb einen Entschädigungsanspruch gegen den Besitzer des Teichs?
12) Wenn der Besitzer des höher gelegenen Grundstücks dem niedriger gelegenen das Wasser nicht künstlich zuleiten darf f. l. 1. § 9. 10. l. 24. § 1. l. 2. § 5. l. 3. § 2. l. 23. § 2. Dig. 39. 3., so fragt sich, ob, wenn dieses dadurch geschieht, daß Jener seinen Acker der Länge nach pflügt, oder in demselben Wasserfurchen zieht, der tiefer liegende Grundbesitzer ein Klagrecht darauf hat, daß Jener seine Ackerfurchen in die Quere ziehe, oder der Wasserfurchen sich ganz enthalte?
13) Wenn ein opus manufactum ursprünglich keine Veränderung des Wasserlaufs bewirkt hat, solche Wirkung aber gleichwohl in der Folge dadurch entsteht, daß Naturereignisse eine Veränderung der Verhältnisse herbeiführten, kann dann derjenige, welcher dadurch mit Schaden bedroht ist, auf die Hinwegnahme dringen?
14) Wenn der unterhalb gelegene Grundbesitzer in seinem Grund Wasseradern öffnet, wodurch die Folge entsteht, daß der oberhalb Gelegene das zuvor gehabte Wasser verliert, kann Letzterer gegen Jenen mit Wirksamkeit klagen?
15) Wem liegt die Unterhaltung einer gemeinen Brücke ob?
16) Wer hat die Last der Unterhaltung der Ufer (Uferbauten) und wer die Wasserbauten, oder die Arbeiten, welche in und an Flüssen und Bächen zur Leitung der Strombahn, Wegschaffung schädlicher Inseln und Landzungen rc. erforderlich sind, zu bestreiten?
17) Unter welchen Bedingungen sind die Anlieger des Ufers auch zu neuen, ihre Grundstücke schützenden Anlagen berechtiget?
18) Welche Benützungsbefugnisse stehen den Uferbesitzern an den durchfließenden oder vorüberfließenden kleinen Flüssen oder Bächen zu? Desgleichen an den Meeresufern und Küsten?
19) Binnen welcher Zeit verjährt das interd. ne quid in flumine publico?

Zu 1) Unstreitig ist der Eigenthümer des Grundes auch Eigenthümer der daraus entspringenden Quelle; denn sie ist portio fundi, l. 11. pr. D. 43. 24. Daraus folgt seine unumschränkte Befugniß, das durch Natur oder Kunst auf seinem Boden zu Tage geförderte Wasser zu jedem beliebigen Zweck zu gebrauchen, wenn auch dadurch das Wasser verdorben und sonach der Abfluß (z. B. von Walkmühlen), welcher dem Nachbar zugeschickt wird, unbrauchbar wird; er kann das Wasser auch gänzlich verbrauchen, ohne etwas davon seinem Nachbar zufließen zu lassen, l. 6. l. 10. C. 3. 34., Meurer vom Wasserrecht S. 188., gleichwie er das auf sein Grundstück gefallene Regenwasser durch zu treffende Vorrichtungen abzulaufen verhindern kann. Wenn es in l. 3. pr. D. 39. 3. heißt: si tamen aquam corrivat, vel si spurcam quis immittat, posse eum impediri plerisque placuit, so ist dies dahin zu verstehen, daß der Eigenthümer der Quelle das Wasser nicht ohne rechtlichen Zweck verunreinigen darf; Du Prel Sammlung bayerischer Rechtsfälle Bd. V. S. 195. u. 223. Er hat freie Befugniß, sein Wasser einem Andern abzutreten, l. 6. l. 10. C. 3. 34. und kann nicht unbedingt angehalten werden, das Publicum unentgeltlich aus seiner Quelle Wasser schöpfen zu lassen, vergl. Lassaulx Annalen der Gesetzgebung Napoleons Bd. IV. S. 179. Er kann dadurch, daß er auf seinem Grundstück einen Brunnen gräbt, seinem Nachbar zufällig das Wasser entziehen, ohne daß dieser ihn deshalb in Anspruch nehmen könnte, l. 24. § 12. D. 39. 2. — l. 1. § 12. l. 21. D. 39. 3. — l. 6. C. 3. 34. — Beschränkt in seiner Verfügung ist er nur hinsichtlich des Wasserablaufs dadurch, daß sein Angrenzer, welchen derselbe vermöge seiner tieferen Lage trifft, nur den natürlichen Wasserablauf zu dulden schuldig ist, daher ihm eben so wenig, als den weiter folgenden Besitzern erlaubt ist, durch Dämme das Wasser zurückzustauen, oder das Bette, welches das Wasser sich selbst gebildet hat, oder auch einen seit der Verjährungszeit bestandenen Graben zu verändern, l. 7. C. 3. 34. — l. 1. § 8. D. 43. 13. cf. l. 2. pr. D. 39. 3., dagegen aber der Eigenthümer der Quelle auch nicht durch ein opus manufactum einem Andern das Wasser zuführen oder von ihm ableiten und abstauen, überhaupt keine positive Veränderung des Wasserlaufs vornehmen darf, was besonders auch durch das nicht naturgemäße Anhäufen des Wassers (corrivare aquam) geschähe, l. 1. § 1. 2. 10. 13. 22. l. 3. pr. § 1. 2. l. 6. D. 39. 3. cf. l. 8. § 5. D. 8. 5. Um so mehr ist es auch den nachfolgenden Adjacenten des Wassers verboten, ihren Nachbarn das ihnen von Natur zufließende Wasser durch Stauschleußen oder andere Abdämmungsmittel zu entziehen, l. 3. § 1. D. 43. 20.

Dem Grundsatz, daß andererseits der Eigenthümer der Quelle nicht gezwungen werden kann, den Nachbarn das Wasser zukommen zu lassen, wenn er es selbst verbrauchen will, wenn sie nicht einen besondern Rechtserwerb oder eine servitus aquaeductus gegen ihn erweisen können, steht nicht entgegen l. 7. C. 3. 34. Si manifeste doceri possit, jus aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere, procurator noster, ne quid contra veterem formam atque solemnem morem innovetur, providebit — denn dieses Gesetz setzt ein jus aquae (entweder also Servitut oder Concession) und ein auf fiscalischem Boden entsprungenes Wasser voraus, wie es denn auch im tit. Cod. de servitut. seinen Platz hat; v. Savigny System Bd. IV. S. 502. not. y., Brinz in Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XV. S. 193. Vielmehr entscheidet bei Privatwassern l. 6. C. 11. 42. für die vorgetragene Meinung, s. Gesterding im civilist. Archiv Bd. III. S. 63. u. Kori ebend. Bd. XVIII. S. 42., Zu-Rhein u. Sartorius merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 76. Eben so wenig steht entgegen l. 2. C. 3. 35. (de leg. Aquil.) quin etiam si aqua per injuriam alio derivata sit, ut in priorem statum restituatur, ejusdem judicis cura impetrabis; denn eine injuria konnte nur einem wirklich Berechtigten zugefügt werden, und die hier in Rede stehende act. leg. Aquil. stand nur einem Eigenthümer oder demjenigen zu, welcher ein jus in re hat, s. Funke im civilist. Archiv Bd. XII. S. 292. rc. Demnach steht auch der Grundsatz fest: daß der Eigenthümer des tiefer gelegenen Grundstücks dadurch, daß das auf dem obern Grundstück entsprungene Wasser lange oder seit unfürdenklicher Zeit zu ihm herabgeflossen ist, darauf kein Recht gegen Entziehung desselben begründen könne. Solus aquae decursus per se nullam praescriptionem inducit. Cons. 58. de aqua. no. 7., Noë Meurer Wasserrecht Abth. II.

Eine servitus aquaeductus kann der Besitzer des tiefer gelegenen Grundstücks auch damit, daß er die längste Verjährungszeit hindurch mittelst einer auf seinem Grund getroffenen Vorrichtung das abfließende Wasser benützt habe, nicht begründen; denn dabei kann immer noch die Freiheit des oberhalb gelegenen Grundbesitzers, das Wasser für sich zu benützen oder abfließen zu lassen, l. 1. § 21. l. 3. § 2. D. 39. 3. bestehen. Nur durch eine an des Letzteren Grundstück angebrachte Vorrichtung könnte eine Leitung des Wassers oder aquae ducendae jus verjährungsweise erworben werden, s. Strippelmann Entsch. des O. A. G. zu Kassel Th. I. no. 36., Schäffer in Linde's Zeitschrift N. F. Bd. VI. S. 186. u. Bd. IX. S. 406., Funke im civilist.

Archiv Bd. XII. S. 291. Quell- und Regenwasser sind übrigens in dieser Beziehung nach gleichen Grundsätzen zu behandeln; l. 9. D. 8. 3. — l. 28. D. 8. 2., Schneider in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 327. Mehreres über diese Materie s. Schneider l. c. Th. V. S. 325., Langenn und Kori Erörter. Bd. II. no. 12., Graf v. Trautmannsdorf prakt. Nivellir-Unterweisung mit Beziehung auf die Wiesen-Bewässerungsgräben. Prag 1836., Romagnosi Abhandl. v. Wasserleitungsrecht nebst Fragmenten aus dessen Privatwasserrecht, übers. v. M. Niebuhr. Halle 1840., Elvers Themis, N. F. Bd. I. S. 413—553.

Zu 2) Unstreitig sind alle schiff- und floßbaren Flüsse öffentliche Flüsse;*) nicht schiff- und floßbare Flüsse können nicht als Staatseigenthum vermuthet,**) wohl aber dann als öffentliche Flüsse anerkannt werden, wenn dafür der Ursprung auf öffentlichem Grund, der Gebrauch und zugleich die Eigenschaft einer aqua perennis spricht, welcher übrigens nicht entgegensteht, wenn das Wasser im Sommer nur zuweilen temporär versiegt; l. 1. § 2. D. 43. 12. — Gewöhnlich wird sich die Frage durch das Herkommen beantworten, je nachdem bisher vom Staat oder von Privaten Besitzrechte am Fluß ausgeübt worden sind, s. Eichhorn deutsch. Privatr. § 267. u. 268., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. no. 3. § 2—6. Sind z. B. die an einem fließenden Wasser befindlichen technischen Leitungen, Anlagen und Einrichtungen von der Art, daß sie nur unter obrigkeitlicher Autorität bewerkstelligt werden konnten, so ist dasselbe als ein öffentliches charakterisirt, s. v. Zu-Rhein und Sartorius Rechtsfälle Bd. II. S. 72. Kommt das Wasser aus einem öffentlichen Fluß und ergießt sich überwachsend in benachbarte Niederungen, so sind diese Bäche, wenn man dergleichen Wasserzüge so nennen kann, als Ausflüsse und Theile des Stroms auch res publicae, s. Gesterding im civil. Archiv Bd. III. S. 61. not. 3., Mittermaier deutsch. Privatr. § 222., Romagnosi l. c. S. 81. Wo es aber an einem entschiedenen Herkommen fehlt, und wo ein Fluß sich nicht schon de facto im Staatseigenthum befindet, da ist bei größeren Flüssen auch wohl nur die Eigenschaft eines Gemeinguts zu vermuthen, weil dieses der ursprüngliche deutsche Rechtszustand war,***) und solches auch dem richtigen Verstand

*) Dafür können sie auch gelten, wenn sie gleich nicht überall, sondern nur theilweise schiffbar sind, s. Mittermaier deutsch. Privatr. § 222 a.

**) S. Maurenbrecher Lehrbuch des gem. deutsch. Privatr. § 180., Mittermaier Grundsf. d. gem. deutsch. Privatr. § 279.

***) Sachsenspiegel Bd. II. Art. 28.: „welches Wasser stromweise

der römischen Gesetze gemäß ist, s. Funke l. c. S. 283., v. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen S. 176. Günther Qu. de jure aquar. Sp. I. § 9. etc. Da erscheint dann der Staat, wenn er ein behauptetes Eigenthum nicht beweisen kann, nur als Bewahrer des öffentlichen Interesse, als Verwalter der Gegenstände, deren Gebrauch Allen zusteht, und als Regulator ihrer Gebrauchsrechte im Interesse Aller, s. Mittermaier im civilist. Archiv Bd. XXIII. S. 148. In dieser Eigenschaft sollte eigentlich der Staat bei allen öffentlichen Flüssen erscheinen, wenn sich der im römischen und deutschen Recht ursprünglich gewurzelte Begriff, aqua coelestis und fließendes Wasser sey ein Gemeingut l. 2. D. 1. 8. — § 1. J. 2. 1., rein erhalten hätte. Man sollte daher

Zu a) nicht von einem Wasserregal und noch weniger von einem Staatseigenthum an Flüssen, sondern nur von einem Wasserhoheitsrecht des Staats sprechen, s. Rousseau über Flußgesetze S. 6., Mittermaier deutsch. Privatr. § 222., Gründler Polemik des german. Rechts Th. II. S. 396. Allein schon in II. F. 56. werden die flumina navigabilia, vel ex quibus fiunt navigabilia, portus etc. für regalia erklärt, und obgleich Haubold ad Bergeri Oecon. jur. pag. 225. not. 5. behauptet, l. II. F. 56. sey in Deutschland außer Gebrauch, so findet man doch dieses Princip der Regalität fast überall de facto vorherrschend, s. Günther Qu. de jure aquarum Sp. II. — IV., Cancrin Abh. v. Wasserrecht, Fritsch jus fluviaticum Jen. 1772., ja Klüber im öffentl. Recht des deutsch. Bundes § 456. erklärt gar Wasserregal und Wasserhoheit für synonym. Dieses Regal umfaßt aber alle wesentlichen Wassernutzungen so sehr, daß, wie Cancrin l. c. § 99. richtig bemerkt, der Streit, ob dem Landesfürsten auch das Eigenthum der schiff- und floßbaren Flüsse zukomme, ohne Nutzen wird, weil ihm die Wirkungen und Nutzbarkeiten des Eigenthums kraft des Regals zukommen. Für das Volk ist nichts übrig geblieben, als das Baden, Schwimmen, Schwemmen, Waschen, Tränken des Viehs, Fahren mit eigenen Nachen und soweit es die Flußpolizei erlaubt, das Recht, Sand, Steine und Schlamm aus dem Fluß

---

fließet, das ist gemeinschaftlich darauf zu fahren und darin zu fischen." Im Oesterreichischen Civilgesetzb. § 287. heißt es: „Sachen, die allen Mitgliedern des Staats nur zum Gebrauch verstattet werden, heißen ein allgemeines oder öffentliches Gut; dahin rechnet das Gesetz auch Ströme und Flüsse."

zu holen, und sich Wasser daraus zuzuleiten, soweit dadurch nicht die Schiffahrt oder sonst die allgemeine Bestimmung des Flusses leidet, dem natürlichen Wasserlauf kein Eintrag geschieht und die Dauerhaftigkeit der Ufer nicht gefährdet ist. cf. l. 2. D. 43. 11. — l. 3. § 1. 2. D. 43. 20. — l. 10. § 2. D. 39. 3. — l. 1. § 3. 15. D. 43. 12., Gesterding im civilist. Archiv Bd. III. S. 64., Kori das. Bd. XVIII. S. 48. Ein Floßrecht auf öffentlichen Flüssen setzt nach der gemeinen Meinung eine Concession des Staats voraus, s. Stryck Us. mod. Pand. Lib. 1. tit. 8. § 13., Fritsch de jure gratiae th. 18—20., Gründler Polemik des germanischen Rechts § 285., Runde deutsch. Privatr. § 107. Die Wässerungsnutzung soll nach Verhältniß der Grundstücke unter die Angränzenden vertheilt werden; l. 17. D. 8. 3. —

Zu b) Indem man die kleineren Flüsse im Zweifel als Privatflüsse ansieht, s. Günther l. c. und unzweifelhaft die Bäche zum Privateigenthum rechnet,*) ist man gleichwohl über den Begriff der Privatrechte an solchen Gewässern nicht einig. Manche glauben: die Wassermasse eines Flusses könne gar kein Gegenstand eines Privateigenthums seyn, weil sie von Augenblick zu Augenblick wechsle, s. Hagemann Landwirthschaftsrecht § 143., Funke die Lehre von den Pertinenzen S. 26., v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. S. 57., Schwab die Conflicte zwischen der Flößerei auf den öffentlichen Flüssen und den Mühlenberechtigten. Stuttgart 1844., Börner im civil. Archiv Bd. XXXVIII. S. 176. u. 370. Dagegen wird aber wohl mit Recht eingewendet: der sogenannte Wechsel ist nichts anders als ein ununterbrochenes Aufeinanderfolgen von ergreifbarem, nutzbarem und vernutzbarem Gut. Gerade dieser Wechsel ist hier die Hauptbedingung der Nutzbarkeit und also weit entfernt, die Appropriationsfähigkeit zu beeinträchtigen, vielmehr die Hauptstütze derselben, s. Volz Entwurf eines Gesetzes über die Benützung der Gewässer ꝛc. Tübingen 1843. S. 64.; wenn aber die Anhänger jener Meinung nur ein gemeinschaftliches Benützungsrecht**) statuiren, so ist damit nicht wohl zu

---

*) Ausgenommen, wenn der Bach auf einem öffentlichen Grundstücke entspringt, oder es in seinem Lauf berührt.

**) Günther de jure aquarum Sp. 4., Funke im civilist. Archiv Bd. XII. no. 15., Kori das. Bd. XVIII. no. 2., Gründler Polemik d. germ. Rechts Bd. II. S. 399.

vereinbaren, daß am Wasser eine Benutzung salva substantia nicht leicht möglich, vielmehr der Gebrauch meistens ein Verbrauch ist. Eben so wenig ist die Idee Anderer von einem gemeinschaftlichen Eigenthum am Flußwasser, s. Scholz das Baurecht S. 211., haltbar. Man hat blos mit Kori l. c. Bd. XVIII. S. 44. zu unterscheiden zwischen solchen Privatflüssen und Bächen, welche das Grundstück eines Besitzers durchschneiden, so daß also beide Ufer nur einem Eigenthümer gehören, und solchen, welche die Grundstücke verschiedener Besitzer begränzen. In Ansehung der ersteren gilt wohl ohne Einschränkung das Eigenthumsrecht des Grundbesitzers; aqua privati juris cedit solo, — et nihil differt a ceteris locis privatis flumen privatum. l. 1. § 4. D. 43. 12. — l. 12. C. 3. 34.*) Derselbe kann daher das Wasser gebrauchen und verbrauchen, mithin auch dasselbe zu Anlegung eines Teiches herausleiten, er kann ein Gewerb damit betreiben, wodurch das Wasser verunreinigt wird, und braucht, wenn er eine Mühle damit treibt, keine Rücksicht darauf zu nehmen, ob unterhalb gelegenen Mühlen genug Wasser übrig bleibt,**) wenn gleich diese dadurch lange genossene Vortheile entbehren, ausgenommen, wenn diese sich auf Vertrag oder Verjährung gründen können, mit welcher vetustas***) auf gleicher Stufe steht, l. 7. C. 3. 34. Beschränkt ist er nur in so fern, daß er den natürlichen Wasserlauf, sonach auch das Wasserbette, nicht verändern darf, l. 1. § 1. u. 6. D. 39. 3. — l. 1. § 3. D. 43. 13. Er darf auch keinem Andern das überflüssige Wasser zuschicken, sondern muß dieses in den Bach oder Fluß zurückleiten, und wenn er dies nicht kann, so muß er nicht mehr Wasser vom Bach ableiten, als er wirklich verbraucht, l. 1. § 4. D. 39. 3., Kori l. c., Gesterding im civilist. Archiv Bd. III. S. 63., Mevii Dec. P. IV. no. 39. — Das corrivare aquam ist auch hier verboten. Von dem auf der Gränze zweier Grundstücke befindlichen Fluß oder Bach wird angenommen, daß er gemeinschaftlich sey,

*) Bei öffentlichen Flüssen jedoch zieht nicht wie bei Privatflüssen das Eigenthum des Bodens das Eigenthum des Flusses nach sich, sondern umgekehrt muß der Boden dem Flusse weichen; l. 1. § 7. D. 43. 12.

**) Gesterding Ausbeute rc. Th. III. S. 354., Mevii Dec. P. IV. Dec. 39. cf. l. 10. C. 3. 34.

***) A. Schmidt civilist. Abh. Bd. I. no. 4. von der act. a. pl. arc. und von der vetustas.

wie ein Gränzgraben, Gesterding Ausbeute rc. Bd. III. S. 350., Elvers l. c. S. 428. und wenn unter den gegenseitigen Angränzern keine Theilungsnorm durch Vertrag oder Verjährung besteht, so hat der Richter die Theilung dergestalt zu reguliren, daß er jedem der beiden sich gegenüber liegenden Uferbesitzer die Hälfte des Wassers zutheilt, die entweder nach der Gebrauchszeit oder nach der Quantität abgemessen wird, l. 4. D. 43. 20., Eichhorn deutsch. Privatr. § 267., Kori l. c. S. 46. rc. Jeder der Anlieger ist hier zwar zum vollständigen Gebrauch des Wassers berechtiget, aber auf einen unschädlichen Gebrauch*) beschränkt, so daß den tiefer gelegenen Grundstücken und Fabriken das Wasser nicht gänzlich entzogen, oder zum gewöhnlichen landwirthschaftlichen Gebrauch unbrauchbar gemacht, oder die Fischerei darin zerstört wird, wie z. B. durch Anlegung einer Lohgerberei, Färberei, Flachs- und Hanfrösten und dergl., s. Kori l. c. S. 51., Fritsch jus fluviaticum pag. 1059., Leyser jus Georgicum Lib. III. c. 14. no. 17., Cancrin Wasserrecht Th. II. S. 152. rc. Sind indessen dergleichen Anlagen in verjährtem Gebrauch, so kann auch ihr Fortbestand wohl nicht ohne Entschädigung aufgehoben werden, s. Volz Entw. eines Gesetzes über die Benützung der Gewässer S. 71.

Zu 3) Es ist hier zu unterscheiden zwischen concessionirten industriellen Anlagen, welche überdem meistens auf lästige Weise erworben werden oder wenigstens mit kostspieligem Aufwand verknüpft sind, und gemeinen Gebrauchsrechten am Fluß, wie z. B. Wässerung, Fischerei und dergl. Bei ersteren ist der Staat ohne Zweifel zur Entschädigung verbunden, denn indem er Einzelnen Rechte verliehen hat, darf er nicht durch eigene Handlungen ihnen die Ausübung ihres Gewerbsrechts ganz

*) Hier schlagen dann auch die den Mühlenordnungen eigenen Bestimmungen ein, daß der obere Müller den Damm seines Mühlgrabens in wasserdichtem Zustand erhalten, das Grundeis zeitig aufhauen muß, nicht zur Unzeit, wenn er nämlich für den Betrieb eines Mühlgangs Wasser genug hat, schützen, nicht so hoch schützen darf, daß das Wasser des Mühlgrabens über dessen Damm steigt, und von dem vorzunehmenden Schützen des Wassers dem unteren Müller zeitig Nachricht zu geben hat, s. Langenn u. Kori Erört. Th. II. S. 110., vergl. Hübner das Recht zu Mühlenanlagen jeder Art rc. nach Preußischen Gesetzen, Liegnitz 1843., Königl. Sächsisches Mandat v. J. 1811. § 5., Klingners Sammlung zum Dorf- und Bauernrecht Th. IV. Kap. 6., Pfotenhauer in Zachariä Annalen der Gesetzg. u. Rechtsanw. in den Ländern des Churfürsten v. Sachsen Th. II. no. 11.

oder theilweise entziehen. In einem Rechtsstreit zwischen der k. Würtembergischen Finanzverwaltung und den Wasserbesitzern am Kocherflusse, wegen Floßbarmachung des genannten Flusses, durch welche sich letztere überaus beschädigt hielten, glaubte zwar erstere, jede Entschädigungsforderung durch Berufung auf ihr durch jene Concessionsertheilungen keineswegs aufgegebenes Floßregal, und auf den Grundsatz „qui jure suo utitur etc." ablehnen zu können, s. Schwab die Conflicte zwischen der Flößerei auf den öffentlichen Flüssen und den Mühlenberechtigten. Stuttgart 1844. S. 105, allein man kann immerhin zugeben, daß die Regierung ihres Floßregals durch jene Verleihungen nicht verlustig werden konnte, ohne daß daraus folgt, daß sie durch dessen Ausübung den von ihr selbst ertheilten Wasserrechten, wenn diese neben derselben nicht mehr vollständig bestehen können, ohne alle Entschädigung Eintrag und Abbruch thun dürfe. Die angesehensten Rechtslehrer stimmen daher dem Gegner der Regierung*) darin bei, daß Entschädigung geleistet werden müsse, wenn der Staat einen Fluß schiffbar oder floßbar macht, und dabei die bereits bestehenden industriellen Werke nicht mehr bestehen können, s. Struben rechtl. Bedenken Th. II. no. 88., Eichhorn deutsch. Privatr. § 268. u. 269., Mittermaier im civilist. Archiv Bd. XXIII. S. 135., derselbe im deutsch. Privatr. § 280., Maurenbrecher Lehrb. des gem. deutsch. Privatr. § 180., Moser von der Landeshoheit in Ansehung Erde und Wassers Kap. 21. § 4. S. 235., Cancrin Wasserrecht Th. II. no. 6. S. 111., v. Bülow u. Hagemann Erörter. Bd. I. no. 3. § 3. Bd. VI. no. 80. Es kann daher auch eben so Gegenstand eines Rechtsstreits werden, wenn der Staat eine neue Mühle anlegen läßt, wodurch den älteren Mühlen das Wasser entzogen wird, s. Mittermaier l. c. Bd. XXIII. S. 135., Struve de aedificiorum privatorum juribus § 35. oder die Anlegung einer Fabrik gestattet, welche einen solchen Einfluß auf den Wasserlauf ausübt, daß der bisherige Müller nicht mehr mahlen kann, oder einer Kunstfärberei, durch welche das Wasser so verunreinigt wird, daß dem unterhalb gelegenen Papiermüller seine Papiere verdorben werden. — Dahingegen muß bei Gegenständen des gemeinen Gebrauchs an öffentlichen Flüssen angenommen werden, daß derselbe immer dem öffentlichen Interesse und höheren Zwecken untergeordnet bleibt, und nur unbeschadet desselben zu verstehen ist. Eine Verminderung des Genusses kann daher nie den Einzelnen zur Klage berechtigen, und die Regulirung

---

*) Hofacker, das Floßregal, besonders in Würtemberg. Stuttgart, bei Rieger 1844.

der Gebrauchsrechte von Seite des Staats z. B. in Ansehung der Wässerungsbefugniß darf nicht als unabänderlich betrachtet werden, s. Mittermaier l. c., der Fischereiberechtigte kann nicht über eine z. B. durch die Dampfschifffahrt erlittene Verringerung seines Ertrags klagen, während ihm keine gewisse Quantität desselben garantirt ist, cf. Stürmer D. de litibus circa quantitatem aquae pag. 7. u. 10., Du Prel Sammlung bayerischer Rechtsfälle Bd. IV. S. 158. Derselbe kann auch keine Vergütung verlangen, wenn ihm durch Veränderungen mit Dämmen und Wehren in der Direction des Flusses ein Abbruch und Schaden widerfährt, weil dergleichen Concessionen nur in so weit ertheilt anzusehen sind, als sie mit der Hauptbestimmung des Flusses und mit nothwendigen flußpolizeilichen Einrichtungen verträglich sind, Leyser Spec. 25. Med. 3. Würde ihm aber sein Fischereirecht durch neue Veranstaltungen, z. B. wenn das nicht öffentliche Wasser schiffbar gemacht wird, gänzlich entzogen, so kann er Entschädigung fordern, s. Mittermaier deutsch. Privatr. § 234. (291.)

Zu 4) Dann ist er vermöge des Pachtvertrags zu einer solchen Einschränkung des Wassergebrauchs verbunden, daß dem Pächter der unterhalb gelegenen Mühle der zu deren Betrieb nöthige Wasserbedarf verbleibt; arg. l. 15. § 6. D. 33. 2., Mevii Dec. P. IV. no. 39., Gesterding Ausbeute rc. Th. III. S. 359.

Zu 5) Man stelle sich vor

Zu a) Der A. besitzt einen Acker, an welchen gegen Abend eine höher gelegene Wiese des B. gränzt. Auf dieser hat sich seit rechtsverjährter Zeit ein von Süden nach Norden gezogener Graben befunden, welcher das von Abend gegen Morgen nach dem Grundstück des A. strömende Regenwasser von diesem abhielt. Nun ebnet B. den Graben ein, kann deshalb A. mit einer wirksamen Klage gegen den B. auf Wiederherstellung des Grabens auftreten? Dagegen walten zwar allerdings nicht unbedeutende Zweifel ob. Die confessorische Klage — kann man sagen — finde hier nicht Statt; denn um ein Verbietungsrecht, daß B. auf seinem Grundstück irgend eine beliebige Handlung nicht vornehmen dürfe, durch Verjährung zu erwerben, würde nach der für negative Servituten geltenden Regel erfordert, daß ein Verbot oder Einspruch bereits Statt gehabt, und B. sich dabei rechtsverjährte Zeit hindurch beruhigt habe. A. kann aber dieses nicht, sondern nur so viel behaupten, daß der Graben so lange de facto bestanden habe. Die actio aquae pluv. arc. schien eben so wenig Platz zu greifen; denn dadurch soll nur jeder Handlung entgegengewirkt werden,

durch welche der natürliche Wasserlauf gestört wird; allein gerade umgewandt stellt B. durch Beseitigung des Grabens den natürlichen Wasserablauf vielmehr wieder her. Aus diesen Gründen wurde in einem in Kritz Sammlung von Rechtsfällen Bd. III. S. 51. angeführten Rechtsstreit die Klage von 2 Instanzen angebrachtermaßen abgewiesen, in 3. Instanz aber erging gleichwohl die Entscheidung im Wesentlichen zu Gunsten des Klägers. Ihr gereichte zur wesentlichen Stütze vetustas des bestandenen Grabens. Man erinnere sich an l. 2. pr. D. 39. 3. in summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit: lex,*) natura loci, vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa. Daher wird die a. a. pluv. arc. auch nicht blos auf Destruction eines errichteten Werks, wodurch das Wasser gegen seinen natürlichen Lauf auf mein Grundstück geleitet wird, gegeben, sondern utiliter auch auf Wiederherstellung eines solchen opus vetustum, welches den natürlichen Ablauf des Schnee- und Regenwassers von mir abgehalten hat, und durch dessen Zerstörung ich demselben unterliegen würde. Dafür entscheidet außer dem, was bei der nunciatio operis in l. 1. § 11. D. 39. 1. gesagt ist, besonders die l. 1. § 22. D. de a. et a. pl. arc. (39. 3.) und l. 3. § 2. D. eod. in f. nisi locum *complanavit* eoque facto citatior aqua ad vicinum pervenire coepit. Analog kommt in Betracht, was von einer Servitut der Wasserleitung in l. 7. C. 3. 34. u. l. 2. C. 3. 35. gesagt ist. Eine ähnliche Entscheidung gibt auch l. 13. D. 8. 5. Damit stimmen überein: Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. Th. II. § 460., Funke im civilist. Archiv Bd. XII. S. 442., Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd. V. no. 1., Schneider in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 349. A. M. ist Leyser Spec. 502. Med. 12. Corr. 1. Indessen ist diese Entscheidung nicht ohne alle Einschränkung zu verstehen, sondern es mußte auch bei erwiesener vetustas doch dem B. der Beweis offen gelassen

*) Die auctores divisionis assignationisque agrorum hatten nämlich für die Ackerverhältnisse gewisse Bestimmungen gegeben und diese sind hier unter lex zu verstehen. Divisi et assignati agri sunt, qui veteranis aliisque personis per centurias certo modo adscripti aut dati sunt: — hi agri leges accipiunt ab his, qui veteranos deducunt, et ita propriam observationem eorum lex data praestat in his agris. Cujac. recit. in Lib. 49., Pauli ad edict. zu fr. II. pr. D. 39. 3., Schmidt von Ilmenau civil. Abhandl. Bd. I. S. 118.

werden, daß ihm das Einebnen des Grabens zur Cultur seines Grundstücks nothwendig gewesen sey. Was nämlich agri colendi causa von mir in meinem Eigenthum vorgenommen wird, kann, wo nicht eine Servitut rechtlich besteht, mir nicht verwehrt werden, l. 1. § 3. 8. 15. l. 24. pr. D. 39. 3., Mühlenbruch l. c. Die Landcultur genießt überhaupt mehrere Begünstigungen auch gegen Wasserbeschädigungen; z. B. ich kann nach l. 2. § 9. D. 39. 3. — l. un. § 7. D. 43. 13. — l. 1. C. 7. 41. gegen Beschädigung der Flüsse und reißendes Wasser mein Grundstück schützen, wenn gleich der Nachbar nunmehr Schaden vom Wasser leidet, nur darf ich es nicht in der Absicht, ihm zu schaden, thun, Mühlenbruch l. c. § 460. a. E. Leyser Sp. 502. Med. 12. Es kann ja auch der Nachbar bloße Schutzmittel ergreifen, wie er eben vermag. Auf solchem Grund beruht eine in Günther Obs. pragm. biga. Lips. 1838. angeführte Entscheidung, wonach ein Feldnachbar mit seiner Klage gegen den andern, welcher einen zwischen beiden Grundstücken fließenden Bach zwar erweitert, aber auch mit einem 1½ Fuß hohen Damm versehen hatte, wodurch das Wasser bei Ueberschwemmungen mehr auf das Grundstück des Klägers übertrat als früher, abgewiesen wurde. Die l. 1. C. 41. 1. rechtfertigt diese Entscheidung und die l. 23. § 2. D. 39. 3. konnte nicht entgegenstehen wegen der Schlußworte si fieri non debuerunt, s. auch Habicht rechtliche Erörter. und Entscheidungen gemeinrechtl. Controversen no. XXI. über Belästigungen des Eigenthums durch den Regenwasserlauf rc. S. 518., v. Hartitzsch Entscheidungen praktischer Rechtsfragen no. 466. Hierher gehört indessen auch l. 1. § 2. D. 39. 3.; wenn Jemand ein Werk errichtet hat, um das Wasser entfernt zu halten, welches beim Austreten eines Sumpfes, so oft solcher durch das Regenwasser anwächst, auf seinen Acker abzufließen pflegte, und das durch jenes Werk zurückgedrängte Wasser den Aeckern des Nachbars Schaden bringen würde, so kann derselbe mit der act. aq. pluv. arc. zum Niederreißen des Werks gezwungen werden, weil durch dasselbe der natürliche Wasserablauf verhindert wird. Verschiedene Erklär. dieses Gesetzes, s. bei Schneider in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 325. Bemerkenswerth sind die Bestimmungen des Preuß. allgem. Landrechts Th. I. tit. 8. § 102—117. über diese Materie.

Zu b) Die l. 1. § 23. D. 39. 3. bezeichnet diesen Fall mit den Worten: ut quibus agris magna sint flumina, liceat mihi sc. in

agro tuo aggeres vel fossas habere. — Wird nun der Damm durch Elementarereignisse niedergerissen, so unterscheiden die Gesetze zuvörderst, ob es ein blos von der Natur gebildeter Damm war, oder ein künstlich angelegter. Im ersten Fall kann, da jeder die Wirkungen der Naturkräfte, wie sie ihn eben treffen, tragen muß und keinen Andern dafür in Anspruch nehmen kann, offenbar nicht gegen diesen mit der act. aqu. pluv. arc. auf Wiederherstellung des naturalis agger geklagt werden. Im zweiten Fall waren selbst die römischen Juristen verschiedener Meinung, s. l. 2. § 5. D. 39. 3. Varus gibt der Klage nicht Statt, wenn das opus manufactum nicht seit unfürdenklicher Zeit bestanden hat; Labeo verwirft die Klage auch in diesem Fall, Paulus hält aber beide Meinungen für irrig; denn wenn auch die act. a. pl. arc. nicht Statt habe (quanquam tamen a. a. pl. arc. deficiat), so müsse doch eine analoge Klage oder ein Interdict gegen den Nachbar zustehen, wenn ich einen Damm auf seinem Acker wiederherstellen will, dessen Errichtung mir Nutzen, ihm aber keinen Schaden bringt. Dies erheische die Billigkeit, wenn es gleich an einer Gesetzesvorschrift darüber fehle.

Zu 6) Handelt es sich

a) von natürlichen Wasserwegen, so hat weder der obere dem unteren, noch der untere dem oberen Eigenthümer des angrenzenden Landes etwas zu leisten oder zu thun, sondern blos zu gestatten, daß der Andere einen von der Gewalt des Wassers weggerissenen Damm wiederherstelle, oder einen vom Schlamm verstopften natürlichen Abzugsweg durch Reinigung wieder eröffne, l. 2. § 1. 5. 6. D. 39. 3., Elvers l. c. S. 528., Gesterding Ausbeute Thl. V. Abthl. 1. S. 42.

b) Bei Gräben, welche von Menschenhand gezogen sind, versteht es sich von selbst, daß Derjenige, welcher einen Graben entweder auf eigenem oder kraft einer Servitut auf fremdem Boden gezogen hat, ihn rein halten muß, wenn er widrigenfalls dem Nachbar Schaden brächte, l. 2. § 4. 7. D. 39. 3. Ist es aber ein Grenzgraben, welcher als ein gemeinschaftlicher betrachtet wird, so kann der eine von dem andern ihm gegenüber liegenden Grundbesitzer, wenn dieser die Reinigung auf seiner Seite verweigert, nur verlangen, daß jener ihm die Reinigung gestatte, nicht aber, daß er ihn selbst reinige; denn indem der natürliche Lauf des Regenwassers durch einen gemeinschaftlichen Graben verändert worden ist, ist der Eigenthümer der Einen Seite nicht für den Schaden, welcher dem

Andern durch den gemeinsamen Graben zugefügt wird, verantwortlich. Anders ist es, wenn es sich von einem Nachtheil handelt, welcher Dritten durch den gemeinsamen Graben zugefügt würde; hier ist natürlich jeder Miteigenthümer verpflichtet, für die Reinigung und Wiederherstellung auf seiner Seite zu sorgen, l. 2. § 1. 2. D. 39. 3. Elvers l. c. S. 536.

Zu 7) Die act. aquae pluviae*) arcendae ist eine persönliche Klage, welche dem dominus fundi und utiliter dem Usufructuar, diesem jedoch nur, wenn er sich nicht durch das interd. quod vi aut clam helfen kann, gegen den Eigenthümer eines benachbarten Grundstücks und utiliter gegen den Usufructuar, wenn nämlich dieser die schädliche Anlage selbst gemacht hat, alsdann zusteht, wenn auf dem benachbarten Grundstück eine solche Veränderung (durch ein opus manufactum, durch das Regenwasser selbst, oder rücksichtlich des Rechts der Dämme und Gräben durch was immer) eingetreten ist, daß daraus ein Schade für das Grundstück des Klägers entsteht. Außer dem Ersatz des nach der Litiscontestation**) entstandenen Schadens, und allenfalls der cautio damni infecti, l. 14. § 3. l. 22. § 1. D. 39. 3., geht die Klage

---

*) Unter aqua pluvia ist nicht allein das pure Regenwasser, sondern auch in seinem mit anderem Wasser gemischten Zustand zu verstehen, l. 1. pr. D. 39. 3.

**) Der Grund, warum mit dieser Klage nicht der vor der Litiscontestation entstandene Schaden gefordert werden kann — denn zu dessen Ersatz kann man nur allenfalls durch das interd. quod vi aut clam gelangen, l. 14. § 2. 3. D. 39. 3. — liegt darin, quod damnum ante litem contestatam sibi illatum suae debeat imputare negligentiae, dum vel operis novi nunciationem praetermisit, vel protinus a novo opere facto non egit, Voet Comm. ad Pand. Lib. 39. tit. 3. no. 3., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 274., cf. l. 6. § 6. l. 11. § 6. D. 39. 3. Ist ein schädliches Werk erst nach der Litiscontestation hinzugekommen, so muß deshalb erst von Neuem geklagt werden, Voet l. c., Hesse die cautio damni infecti nach römischen Principien und ihrer heutigen Anwendbarkeit. Leipzig 1838. (eine gekrönte Preisschrift.)

Die Frage: ob die act. a. pl. a. nur dann stattfindet, wenn das leidende Object ein ager ist, l. 1. § 17. D. 39. 3., wenn es aber ein aedificium ist, die negatorische Klage angestellt werden müsse, s. Habicht rechtl. Erörter. Bd. I. S. 530., oder ob erstere in beiden Fällen Platz greift, s. l. 1. § 19. 20. D. 39. 3. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. § 318. (283.) mag, da h. z. T. die Klage nicht bestimmt benannt zu werden braucht, auf sich beruhen; denn auch die Negatorienklage würde, wenn der dem Gebäude schädliche Wasserzufluß blos von der Natur bewirkt wird, nicht, sondern nur gegen das flumen oder stillicidium immittere stattfinden, s. Habicht l. c.

a) beim opus manufactum, je nachdem der Beklagte auch selbst der Urheber der Anlage war, oder nicht, auf Hinwegnahme oder Geschehenlassen der Hinwegnahme des schädlichen Werks;
b) bei den Veränderungen durch das Regenwasser selbst immer nur auf das Geschehenlassen;
c) bei dem Recht der Dämme und Gräben entscheidet der Inhalt der lex, welcher vetustas gleichsteht, s. Schmidt von Ilmenau civilist. Abhandl. Bd. I. S. 167.

Hat ein Dritter, z. B. ein Pächter oder Geschäftsführer, das schädliche Werk errichtet, so kann zwar demungeachtet gegen den Eigenthümer geklagt werden, aber, wenn es ohne sein Wissen geschah, nur dahin, daß er die Zerstörung des Werks gestatte. Dasselbe gilt, wenn ein Nachfolger bona fide in den Besitz des vom Vorgänger errichteten schädlichen Werks eingetreten ist. Gegen den Pächter oder Geschäftsführer aber kann nur mit dem interd. quod vi aut clam auf die Kosten der Wiederherstellung und sonstiger Schäden halber agirt werden, l. 4. § 2. 3. D. 39. 3. Rührt die schädliche Vorrichtung von einem entfernteren Obernachbar her, so kann der dadurch Beschädigte, wenn er nicht gegen Jenen selbst, sondern gegen seinen unmittelbaren Nachbar klagen will, was ihm nach l. 6. pr. D. 39. 3. freisteht, die Klage natürlich nur dahin richten, daß dieser für den ordnungsmäßigen Wasserablauf, wenn auch auf dem Wege der Klage Sorge trage, Elvers l. c. S. 477. Haben mehrere Miteigenthümer das schädliche Werk veranlaßt, so kann gegen den Einzelnen nicht in solidum, sondern nur in partem geklagt werden, l. 6. § 1—3. D. 39. 3.

Zu 8) In den Gesetzen finden sich verschiedene Zeiträume für vetustas angenommen, z. B. 60 Jahre in l. ult. C. 7. 22. — 40 Jahre in l. 2. l. 6. C. Th. 4. 14., oder nach der Cujacischen Lesart 20 Jahre, ferner longum tempus in l. 1. § ult. D. 39. 3. l. 1. C. 3. 34. longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere; — bei Testamenten schon ein Zeitverlauf von 10 Jahren, l. 6. C. Th. de testam. 4. 14. Kein Wunder also, daß die Meinungen der Rechtsgelehrten eben so sehr schwanken. Mehrere nehmen tempus immemoriale an, cf. l. 2. § 1. u. 7. D. 39. 3. — c. 26. X. de Verb. signif. Boehmer J. E. Pr. Vol. I. Lib. II. tit. 26. § 37., Donell Comm. Jur. civ. T. X. pag. 48., Schneider in Linde's Zeitschrift Bd. V. S. 361., v. d. Pfordten in Schneider und Richter's kritischen Jahrbüchern Jahrg. VIII. S. 53., vergl. v. Savigny l. c., und insbesondere bei der act. aq. pluv. arc., behauptet Unterholzner l. c S. 508., könne die vetustas nichts Anderes als

Unfürdenklichkeit bedeuten. Die Resultate gesetzlicher Forschungen Anderer aber gehen dahin, daß neben der unfürdenklichen Verjährung noch ein anderer Zustand, die vetustas, bei den Römern angenommen wurde, und daß im Mangel eines allgemein gesetzlich bestimmten Zeitraums das Ermessen des Richters eintreten müsse, s. Kritz Abh. über ausgewählte Materien des Civilr. no. 6. Desselben Samml. v. Rechtsfällen Bd. III. S. 58., Gesterding Ausbeute v. Nachforschungen Bd. V. S. 32., Schmidt v. Ilmenau l. c. S. 169. Man wird demnach weder mit Neustetel und Zimmern in den röm. rechtl. Unters. einen 20jährigen Zeitraum für genügend, noch mit Unterholzner in der gesammten Verjährungslehre Thl. I. S. 506. einen 40jährigen Zeitraum als erforderlich annehmen können, sondern mit Rücksicht auf l. 2. § 8. D. 39.3. non diem et Consulem ad liquidum exquirendum etc. und in Betracht, daß das Verhältniß, um welches es sich bei der a. a. pl. a. handelt, in den Gesetzen mit dem einer Servitut verglichen wird, l. 1. § 23. D. 39. 3., einem 30jährigen Zeitraum die Achtung einer vetustas bezeigen müssen, s. Kritz l. c. Vergl. Schmidt civil. Abh. Bd. I. no. 4. von der a. a. pl. a. und von der vetustas. Freilich einem gegen eine 30jährige Verjährung geschützten Gegner gegenüber, wie Staat und Kirche, würde man auf 40 und gegen die ecclesia Romana wohl auf 100 Jahre zurückgehen müssen, s. Unterholzner l. c. § 148., Hofacker Princ. jur. Rom. T. II. § 983.

Zu 9) Abgesehen von dem, was durch polizeiliche Verordnungen zum Besten des Gemeinwesens fürgesehen ist, kann Derjenige, bei welchem die Unregelmäßigkeit entstanden ist, wenn er kein Interesse dabei hat, nicht blos zum Besten des Andern, welcher durch mangelhafte Verwahrung der Ufer Ueberschwemmungen leidet, zur Wiederherstellung gezwungen werden, l. 1. § 23. l. 2. § 1. 2. D. 39. 3. Kori im civil. Archiv Bd. XVIII. S. 52., Leyser Sp. 502. Med. 11. Nur der Besitzer eines von Menschenhand angelegten Wassergrabens, z. B. des Mühlgrabens, ist verbunden, den Graben selbst zu reinigen, und, wenn er denselben jure servitutis auf fremdem Grundstück für eine Wasserleitung angelegt hat, muß ihm der serviens den Zugang zum Grundstück gestatten, um den Graben reinigen zu können, l. 11. § 1. D. 8. 4.

Zu 10) Mehrere betrachten bezüglich l. 1. § 12. D. 43. 12. und l. 1. § 22. u. 25. D. 39. 3. die Ufererhöhung alsdann als verboten, wenn den Nachbarn ein wesentlicher Schaden dadurch verursacht wird, Struben rechtl. Bed. Bd. V. no. 115., Hagemann Landwirthschaftsrecht S. 314. Dies wird man aber höchstens dann annehmen

können, wenn die Ufererhöhung nicht bloße Schutzmaßregel des Eigenthümers und in dieser Beziehung nothwendig ist. In der Regel ist Jeder zur Erhöhung seiner Uferseite befugt, l. 7. 8. D. 43. 13. — l. 1. C. 7. 41. — Leyser Spec. 502. Med. 12., indem ja der gegenüber liegende Angrenzer dasselbe Schutzmittel gebrauchen kann; nur ein Verengen des Wasserbettes ist in l. 1. § 1. D. 39. 3. verboten, und nur davon ist auch l. 23. § 2. eod. zu verstehen. Dagegen eine Verbindlichkeit zur Ufererhöhung über die bisherige natürliche Höhe läßt sich allerdings nicht behaupten, s. Kori im civil. Archiv Bd. XVIII. S. 53., wo sie nicht durch Particulargesetze, Vertrag oder Verjährung festgestellt ist, vergl. Fr. 5. lit. a.

Zu 11) Nur dann, wenn der Durchbruch des Dammes durch fehlerhafte Construction oder schlechte Beschaffenheit erfolgt ist, nicht aber, wenn derselbe durch einen von Elementarereignissen bewirkten ungewöhnlichen Wasserzufluß entstand, arg. l. 43. pr. D. 39. 2. — Kori l. c. S. 54.

Zu 12) Eigentliche Ackerfurchen sind nach l. 1. § 3. 5. 15. l. 24. pr. D. 39. 3. unbeschränkt, s. Kori l. c. S. 53., und nicht, wie Schneider in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 360. dafür hält, blos bedingt gestattet, wenn man ohne sie nicht säen könnte. Diese Bedingung gilt nur in Ansehung der in der Regel nach l. 1. § 9. l. 24. § 1. D. 39. 3. verbotenen Wasserfurchen (sulci aquarii, l. 1. § 5. D. eod.); der Nachbar kann daher in keinem Fall darauf klagen, daß der Andere seine Ackerfurchen statt in die Länge in die Quere ziehe. Gegen die Wasserfurchen kann er jedoch, wie Kori l. c. S. 53. dafür hält, klagen, wenn durch dieselben ihm das Wasser zugeleitet und nicht in ein Loch auf dem eigenen Grundstück versenkt wird. Indessen scheinen die römischen Juristen hierüber nicht ganz einig gewesen zu seyn, und wenigstens dann, wenn diese Furchen zur Bestellung des Ackers durchaus nothwendig sind, keiner Klage stattgegeben zu haben, s. Schneider in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 359., Elvers Themis l. c. S. 480., cf. l. 1. § 4. 5. l. 24. pr. § 1. D. 39. 3. Verschiedene Erkenntnisse s. Winkler Sp. de act. aq. pluv. arc. Cap. II. pag. 37. Ueberhaupt findet diese Klage nicht gegen diejenigen opera manufacta am Boden, quae agri colendi causa aratro facta sunt und quae fructuum frugumve percipiendorum causa fiunt, Statt, l. 1. § 3. 4. 7. 8. 15. D. 39. 3.

Zu 13) Wenn das opus manufactum ursprünglich und an sich selber keine Veränderung des Wasserlaufs bewirkt hat, so sollte man wohl annehmen, daß Wirkungen, welche erst in Folge von Naturereig-

nissen entstanden sind, dem unterhalb gelegenen Grundstück nicht abgenommen zu werden brauchen, denn locus inferior superiori naturaliter servit, die Gesetze lassen aber hier der Billigkeit in so weit Raum, daß wenigstens dann, wenn Derjenige, auf dessen Grund und Boden sich das opus befindet, kein Interesse dafür hat, daß die Wegnahme nicht erfolge, eine actio utilis ex aequitate auf Hinwegnahme zugelassen wird, l. 2. § 5—7. D. 39. 3. — Schneider in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 341. Mehreres s. Weiske Handb. d. Landwirthschaftsr. über das Verhältniß mehrerer an demselben Wasser liegenden Nachbarn zu einander.

Zu 14) In der Regel findet dawider keine Klage Statt, und eben so wenig hat der Eigenthümer einer Quelle, deren Wasseradern in einem benachbarten Grundstück liegen, ein Klagrecht gegen dessen Eigenthümer, wenn dieser durch Durchstechung oder Verschütten, in Folge von Bauten oder Anlegung eines eigenen Brunnens das Versiegen jener Quelle verursacht, l. 21. D. 39. 3. — l. 24. § 12. D. 39. 2. — l. 26. eod., doch darf er den für den Landbau dienenden Quellen die Adern nur dann durchstechen, wenn er es zur Verbesserung seines eigenen Ackers und nicht blos dem Andern zum Tort thut, l. 1. § 12. D. 39. 3. Elvers Themis l. c. S. 417.

Zu 15) Wer den Weg zu unterhalten hat, dem liegt auch die bauliche Unterhaltung der Brücke als einer Fortsetzung des Weges ob, s. Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Thl. I. § 109. Daraus, daß eine Brücke auf einem zum Staatseigenthum gehörigen Flusse steht, kann übrigens nicht geradezu gefolgert werden, daß sie nicht Privateigenthum sey; denn das Eigenthum des Staats an öffentlichen Flüssen ist kein regale majus, kein unveräußerliches Hoheitsrecht. Selbst regalia majora können durch unvordenkliche Verjährung von Privaten erworben werden, c. 1. de praesc. in VIto. — c. 26. X. de verb. signif., s. Erk. d. O. A. G. in Dresden in Emminghaus Pand. S. 198. no. 33.

Zu 16) Die Uferbauten liegen den Eigenthümern der angrenzenden Gründe ob, welche dadurch vor der Wassergewalt geschützt werden; s. Erk. d. O. A. G. in München in Arend's Samml. H. 2. S. 195. Die zur Herstellung der Strombahn und Erhaltung des Flusses für seine gewöhnliche Bestimmung nöthigen Arbeiten hat der Eigenthümer des Flusses und an öffentlichen Flüssen der Staat zu bestreiten, wenn nicht der Bau zur Erreichung eines besonderen Nutzungszweckes nothwendig ist, wodurch die Beitragspflicht des Interessenten begründet wird, Mittermaier deutsch. Privatr. § 223. (281.), Hagemann Landwirthschaftsr. S. 305. Ist der Uferbau nur veranlaßt durch Unter-

lassung eines Wasserbaues, welcher andern Personen oblag, oder durch Vornahme eines solchen Baues wegen eines gewissen Nutzungszweckes, so muß der Wasserbaupflichtige den Uferbau übernehmen, s. Mittermaier l. c., Pfeiffer prakt. Erörter. Bd. III. S. 130.

Zu 17) Nicht nur darf die Schifffahrt dadurch nicht beeinträchtigt werden, sondern der Unternehmer muß auch den übrigen Anwohnern des Flusses cautionem damni infecti auf 10 Jahre leisten. Nur unter diesen Bedingungen schützt ihn das interd. de ripa munienda gegen gewaltsame Störung, l. 1. § 14. D. 43. 15. — Der Nachbar muß aber diese Caution vor den begonnenen Uferbauten fordern. Später kann er den etwa eintretenden Schaden nur mit der act. leg. Aquiliae verfolgen, l. 1. § 5. D. 43. 15.

Zu 18) Da die Ufer Privateigenthum sind, § 4. J. 2. 1., so folgt daraus die Befugniß zu jedem unschädlichen Gebrauch derselben für die Besitzer; sie dürfen den Fluß beschiffen, und an kleinen Flüssen und Bächen haben sie Vermuthung für das Recht, darin zu fischen, soweit das Wasser ihre Ufer bespült, s. Mittermaier l. c. Sie dürfen aber nicht Stege und Brücken auf das jenseitige fremde Ufer schlagen, auch nicht Personen über den Fluß setzen, l. ult. D. 8. 3. — Kori l. c. S. 49. Ueber einen schiffbaren Fluß darf selbst Derjenige keine Brücke schlagen, dem beide Ufer gehören, cf. l. 1. pr. § 12. D. 43. 12.; indessen kann ein öffentlicher oder Privatweg wohl durch Vertrag oder Verjährung bestehen. Vom Erwerb an Alluvionen und Inseln s. d. folgenden Abschn. 2. Fr. 1.rc. Zur res publica gehört eigentlich nur das imperium über die Meeresufer, und sie begreift auch die Häfen und die daraus zu ziehenden Nutzungen in sich, dagegen ein unschädlicher Gebrauch der Küsten Jedem gestattet ist, § 1. u. 5. J. 2. 1. — l. 2. § 1. D. 1. 8. — l. 3. u. 4. D. 43. 8. Auch zur unmittelbaren Leitung des Wassers aus einem öffentlichen Flusse, der nicht schiffbar ist, oder sich in einen schiffbaren Fluß ergießt, in sein Grundstück ist Jeder berechtigt, und es bedarf dazu keiner Servitut, l. 17. D. 8. 3. — l. 10. § 2. D. 39. 3. — l. 2. D. 43. 12. — Heimbach im R. Lex. Bd. X. S. 275.

Zu 19) Ueber die Verjährungszeit des interd. ne quid in flumine publico entschied das Hofgericht Wiesbaden 1852 dahin: Dieselbe kann nicht mit vielen Rechtslehrern auf 30 Jahre bestimmt werden. Daß vielmehr Ein Jahr genüge, l. 1. pr. § 3. 8. D. 43. 13., liege in der Natur des Rechtsmittels, welches lediglich auf den Grund eines bisher bestandenen, im Laufe der Zeit veränderlichen faktischen Zustands stattfindet, und schon des Beweises wegen eine kurze Verjährungsfrist er-

fordert. Der Gesetzgeber, welcher die Veränderung im Laufe des Wassers nach dem Wasserstande des letzten oder vorletzten Sommers vor Anstellung der Klage beurtheilt wissen will, kann unmöglich beabsichtigen, daß nach obigem Wasserstande die Wirkung einer vielleicht mehrere Jahre vorher erfolgten Störung beurtheilt werde, s. Flach Entsch. Thl. III. S. 7. —

Abschnitt 2. Von Alluvionen und Inseln.

1) Welche Befugnisse stehen den Uferbesitzern an dem von einem öffentlichen Fluß verlassenen Wasserbette zu, wenn der Fluß eine andere Richtung genommen hat? Desgleichen an Alluvionen?
2) Stehen diese Rechte auch dem hinterliegenden Grundstück wenigstens dann zu, wenn dasselbe ein hinwegverkaufter Theil des vorliegenden gewesen ist?
3) Erwerbe ich das vom Fluß angeschwemmte Land auch dann zu meinem Gut, wenn dasselbe nur durch einen gemeinen Weg vom Fluß getrennt ist?
4) Was für Rechte erwachsen an einer im Fluß entstandenen Insel?

Zu 1) Das Wasserbette des Flusses wächst den Anliegern zu, wenn der Fluß dasselbe gänzlich verlassen hat, und der von Manchen dem R. R. l. 16. D. 41. 1. — l. 1. § 6. D. 42. 12. entnommene Unterschied zwischen agris limitatis und arcifiniis, s. Köchy civilist. Erörter. Bd. I. S. 3., Kori l. c. S. 48., ist h. z. T., weil solche agri limitati oder adsignati wie bei den Römern nicht mehr bestehen, ohne Einfluß, s. Schweppe röm. Privatr. Bd. II. § 260., Gesterding Lehre vom Eigenthum § 27., v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. II. S. 334. (§ 55.); demnach wird das gänzlich verlassene Flußbette unter die Eigenthümer der Ufer, an denen der Strom vorbeifloß, eben so wie bei den Inseln vertheilt. Verläßt es aber der Strom nur theilweise, so gehört der trocken gewordene Theil des Flusses dem Eigenthümer des Ufers, von welchem der Strom zurückgetreten ist, s. Hagemann Landwirthschaftsrecht § 145.

Wenn der Fluß bei Bildung eines neuen Bettes seinen Weg durch ein Privatgrundstück genommen, so wird dieses, so weit es nun Fluß geworden ist, eine Accession für den Staat als Eigenthümer

des Flusses. Wie aber, wenn der Fluß in der Folge sein neues Bette wieder verläßt, und dieses wiederum Land wird, lebt da das vorige Eigenthum wieder auf? Die l. 7. § 5. D. 41. 1. sagt: nein; denn dieses ist verloren; das, was nun wieder Land geworden ist, kann demnach nur eine Accession für die Adjacenten bilden, was der vorige Eigenthümer wohl auch, aber auch gar nicht oder nicht vollständig seyn kann. Die Unbilligkeit fällt in die Augen, und da die lex cit. beisetzt: sed vix est ut id obtineat, so war für die Auslegung ein weiter Spielraum gegeben. Wächter, welcher in Weiske's Rechtslex. Bd. I. S. 17. die verschiedenen Meinungen aufführt, bleibt bei dem natürlichen Verständniß stehen: in der Praxis werde sich diese strenge Consequenz nicht leicht geltend machen, daher sey die entgegenstehende Praxis gebilligt. — Daß übrigens durch bloße Ueberschwemmungen keine Veränderung am Eigenthum entstehe, ist unbestritten nach l. 23. D. 7. 4. — l. 7. § 6. l. 30. § 3. D. 41. 1. Zwar wollen Manche behaupten, daß das verlassene Flußbette stets wieder in das Eigenthum Dessen zurückkehre, welchem der Grund und Boden zuvor gehört hatte, aber das jus strictum ist denn doch bei einem totus ager occupatus angewendet, l. 24. D. 7. 4. — l. 38. D. 41. 1. Ein dem Andern vom Fluß abgerissenes und mir zugeschwemmtes Land erwerbe ich — und zwar, ohne Jenem zu einer Vergütung verbunden zu seyn, s. l. 7. § 2. D. 41. 1.*) — erst durch Verwachsung und Zusammenwurzeln mit dem meinigen; denn bis dahin kann es der Andere noch vindiciren, wenn es nicht anders durch allmähliches Anschwemmen mit meinem Erdreich schon verbunden ist. An Seen und Teichen findet die Erwerbung durch Alluvion nicht Statt, l. 12. pr. D. 41. 1. — l. 24. § 3. D. 39. 3., denn sie geben und nehmen kein Land, s. Köchy l. c. Bd. I. S. 73., Hagemann l. c. S. 249., ob aber an Bächen? ist wohl zu bezweifeln, doch gegen Aymus de jure alluvionum Lib. I. c. 15. no. 1. bejahend beantwortet von Gesterding im civilist. Archiv Bd. III. S. 68.**) Die Gesetze sprechen überall nur von Flüssen. Sümpfe

*) Dem ist nicht entgegen § 21. J. 2. 1. u. l. 5. § 3. D. 6. 1. — s. Hagemann's Landwirthschaftsrecht S. 254., Köchy civilist. Erörter. Bd. I. S. 3.

**) Unbedenklich darf wohl angenommen werden, daß, wenn ein Bach, der sich in confinio befindet, dem Grundstück des Einen Land abschwemmt, und es auf der Seite des Andern nach und nach unmerklich ansetzt, der Letztere durch Alluvion das Eigenthum des angeschwemmten Landes erwerbe, Gesterding Ausbeute rc. Thl. III. S. 361. — l. 7. § 2. D. 41. 1.

werden als res nullius betrachtet, quae cedunt primo occupanti, Leyser Sp. 502. Med. 7. Größere Landseen stehen dem Meere gleich und sind folglich extra commercium, l. 112. D. 50. 16. — Elvers l. c. S. 539.

Zu 2) Nein; diese Rechte bleiben jederzeit auf die unmittelbaren Adjacenten beschränkt, l. 30. pr. D. 41. 1.

Zu 3) Nach Einigen soll ein öffentlicher Weg, welcher zwischen dem verlassenen Flußbett und den angränzenden Privatgrundstücken liegt, die Erwerbung durch Accession ganz ausschließen, s. Fritz in der von ihm besorgten 5. Ausg. v. Wening-Ingenheim's Lehrb. § 139. not. 20.; das Gegentheil aber, nemlich daß er die Erwerbung des Flußbettes nicht hindere, findet Wächter im Rechtslex. Bd. I. S. 19. in l. 38. D. 41. 1. begründet. So auch Noë Meurer im Wasserrecht S. 5. 63. u. 161.

Zu 4) An einer Insel, nämlich im Fluß — denn eine Insel im Meer wird als res nullius primo occupanti zu Theil — und zwar an einer nicht blos schwimmenden, sondern mit dem Flußbette vereinigten Insel können auf verschiedene Art Rechte der Privaten erwachsen. Die Insel entsteht entweder dadurch, daß sich im Flußbette selbst eine Erderhöhung bildet, oder dadurch, daß sich der Strom einen neuen Arm ansetzt, so daß, was vorher festes Land war, nun eine zwischen dem alten und neuen Strom liegende Insel geworden ist. Im letzteren Fall bleibt das vorige Eigenthum unverändert, im ersteren Fall aber wächst es den Eigenthümern der benachbarten Ufer zu, nach dem Grundsatz: was dem öffentlichen Fluß abgewonnen wird, gehört nicht dem Staat — sofern er nicht Ufereigenthümer ist —, sondern den Anliegern, § 22. J. 2. 1., wovon das Gegentheil nur als theoretisches Problem in einer einzelnen Stelle l. 65. § 4. D. 41. 1. hingestellt wird, s. Köchy l. c. Bd. I. S. 23., Danz zu Runde Bd. I. § 106. Der Fluß wird dann der Länge nach in 2 Hälften getheilt, und wenn dadurch bestimmt ist, was nach den beiden Seiten fällt, so wird jede Seite nach der Breite der Aecker auf das Neue vertheilt. Liegt die Insel ganz außer der Mitte des Flusses, so gehört sie dem Angränzer, auf dessen Seite sie liegt. Nach gemachtem Erwerb der Insel erwirbt der Eigenthümer auch, was sich weiter an dieselbe ansetzt, gerade so wie sonst vom Flußgestade aus, § 22. J. 2. 1. — l. 56. pr. § 1. l. 65. § 3. D. 41. 1. — Wenn sich also die Insel nach und nach so verlängert, daß sie über die Länge meines Grundstücks hinaus sich längs dem Bereich meines Angränzers erstreckt, so wird dieser Zuwachs doch nicht diesem, sondern mir erworben, s. Meurer Wasserrecht S. 65. Bei

Privatflüssen richtet sich der Erwerb nach dem Eigenthum des Flusses, welches zuweilen nur Einem der Anlieger zusteht, Schweppe röm. Privatr. Bd. II. § 260.

Abschnitt 3. Vom Floßregal*) und der Fährgerechtigkeit.

1) Da h. z. T. der römische Begriff von flumen publicum nicht mehr entscheidend ist, sondern für einen öffentlichen Fluß derjenige gilt, welcher schiff- oder flößbar ist, so fragt sich, was unter einem flößbaren Fluß zu verstehen sey?
2) Haben die an einem öffentlichen Fluß oder Bach liegenden Mühlen-, Schleußen- oder Fischerei-Besitzer ein Widerspruchsrecht gegen eine vom Staate anzulegende Holzflößerei?
3) Ist da, wo eine Fährgerechtigkeit besteht, die Befugniß eines Jeden ausgeschlossen, durch eigene Fahrzeuge die Ueberfahrt seiner Güter oder anderer Personen zu bewirken?

Zu 1) Es gibt bekanntlich zweierlei Arten der Flößerei, nämlich in so fern nur einzelne Hölzer durch die Gewalt des Wassers fortgeschwemmt werden, oder zusammengefügte Hölzer fortgeschafft und zugleich als Tragungsmittel von Personen und Sachen gebraucht werden. Mehrere, besonders ältere Schriftsteller begreifen nicht nur die zweite Art des Flößens, sondern auch die erstere, welche wohl in staatswirthschaftlicher Hinsicht nicht empfehlenswerth scheint, s. Volz Entw. e. Ges. üb. d. Benutzung d. Gewässer S. 72., unter dem Floßregal, s. Fritsch de jure grutiae vel ratium 1668., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Thl. 1. § 107. Man sieht sich aber vergebens nach einem Grund um, das Flößen mit unverbundenem Holz (jus grutiae) zu einem Regal zu erklären. Auf Privatgewässern ist es vielmehr ein Recht des echten Eigenthums; auf gemeinschaftlichen Gewässern kann es, weil es meistens als ein Hinderniß des freien gemeinen Gebrauchs betrachtet werden muß, oder Beschädigung der Wassertheilhaber verursacht, selten, und auf öffentlichen Flüssen nur durch

---

*) Dürr de jure grutiae, vom Floßrecht. Mogunt. 1762., Cramer Obs. jur. univ. T. I. Obs. 162., Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. no. 83.

landesherrliche Concession ausgeübt werden, welche jedoch nur unter Entschädigung der Betheiligten zu ertheilen ist, s. Eichhorn deutsch. Privatr. §. 269. — Die meisten neueren Rechtslehrer erkennen nur das Flößen mit verbundenen Hölzern, oder das Befahren des Flusses mit Flößen (jus ratium) als wahres Floßregal an, s. Eichhorn l. c., Maurenbrecher deutsch. Privatr. § 295., Mittermaier deutsch. Privatr. § 222 a. (280.), und im civilist. Archiv Bd. XXIII. S. 136.

Zu 2) Daß die Regierung auch Privatflüsse schiff- und floßbar zu machen berechtiget sey, wodurch sie dann öffentliche Flüsse werden, ist unbezweifelt, versteht sich gegen Entschädigung der Wehre und Wassergerechtigkeiten der Privaten, s. Hofacker das Floßregal, v. Bülow und Hagemann's prakt. Erörter. Bd. VI. S. 343., worüber die Entscheidung den Gerichten zusteht, s. Mittermaier im civilist. Archiv Bd. XXIII. S. 136.

Zu 3) Die Fährberechtigten haben nur dann ein Widerspruchsrecht, wenn die Eigenthümer eines Fahrzeugs fremde Personen über den Strom oder Fluß führen, und dieses auch dann, wenn der Eigenthümer des Fahrzeugs nur ein Miteigenthum hatte, s. Entscheidungen der Göttinger Juristenfacultät in Elvers Themis Bd. I. S. 543. no. 11., v. Rohr Haushaltungsr. Buch VIII. Kap. 7. § 6., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. § 108., v. Bülow und Hagemann l. c. Bd. VI. S. 345. Dagegen behauptet zwar Gründler in der Polemik des germanischen Rechts Thl. II. S. 415. und Hommel Rhaps. Vol. IV. Obs. 599., der Inhaber der Fährgerechtigkeit könne nicht berechtiget seyn, zu verhindern, daß die Unterthanen Waaren Anderer oder Menschen auf Fahrzeugen transportiren, weil das Befahren der Flüsse wie der Landstraßen Jedem freistehe; allein auch auf dem Lande ist der gewerbsmäßige Fuhrwerksbetrieb da, wo Postanstalten bestehen, häufig durch diese beschränkt, Selchow jus Germ. § 527., Winkler de jure circa flumina § 17. —

Abschnitt 4. Vom Mühlenrecht.*)

1) Hat der oberhalb gelegene Mühlenbesitzer Macht, im Sommer, wenn die Wasser klein sind, zum Bedarf seiner Mühle

---

*) Ueber Reparatur der Mühlgräben stellt das A. Ger. zu Dresden den Grundsatz auf: sie gelten im Zweifel als Dienstbarkeit der Wasser-

das Wasser zu sammeln und zum Nachtheil der unterhalb Liegenden aufzuhalten?

2) Bedarf man zur Anlegung einer Mühle an einem eigenthümlichen Privatwasser auch landesherrlicher Concession?

3) In wie fern ist die Wässerungsbefugniß der Adjacenten da beschränkt, wo Mühlen angelegt sind?

Vergl. übrigens oben Abschnitt 1. Rechte und Pflichten im Allgemeinen!

Zu 1) Die Meinungen hierüber sind sehr verschieden. Die Frage darüber kann jedoch nur da entstehen, wo dem Müller nicht schon bei Concessionirung seiner Mühle die Wasserhöhe bestimmt und seine Wasserbenutzung regulirt ist. — Wenn außer diesem Fall Gründler in der Polemik Thl. II. S. 427. dem oberen Müller durchaus das Recht abspricht, durch Stauung dem unteren Müller das Wasser in so weit zu entziehen, als er es bei niederem Wasserstand nur durch Stauen zum hinlänglichen Betrieb seiner Mühle gewinnen kann, so kann man ihm darin gewiß nicht zustimmen. Ist der Bach sein Privateigenthum, so ist nicht der entfernteste Grund dazu vorhanden; will man aber bei einem gemeinschaftlichen Wasser aus dem Recht der Mitbenutzung der übrigen Interessenten ein Widerspruchsrecht begründen, so kann man keinen richtigen Schluß darin finden, und muß vielmehr den vernünftigen Sinn der dem oberen Müller ertheilten Mühlgerechtigkeit dahin annehmen, daß er das ihm zufließende Wasser so lange und viel gebrauchen dürfe, als nöthig ist, um sein Gewerbe in stetigem Gange zu

leitung. Haben sie blos natürliche, d. h. durch die Neigung des Wasserlaufs und die Gewalt der Wasserströmung gebildete Ufer, so müssen diese Ufer die Adjacenten erhalten; allein im Zweifel muß angenommen werden, daß sie ein opus manufactum, bestände es auch nur in der Aushöhlung eines Wasserbetts ohne aufgerichtete Ufermauern oder Dämme, sind, und in diesem Falle muß, sofern nicht ein besonderer Rechtstitel das Gegentheil begründet, der Müller sie erhalten, Sächs. Zeitschr. Bd. X. S. 110., Wochenblatt für merkw. Rechtsf. 1852. no. 12. S. 93. — Der zur Wasserleitung über eines Andern Grundstück Berechtigte ist dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks gegenüber verbunden, die Wasserleitung in einem solchen Zustand zu erhalten, und sie so zu benutzen, daß er dem Eigenthümer außer der ihm durch die Duldung der Servitut selbst erwachsenden Belästigung keinen andern Schaden bereite, l. 3. § 1. 5. D. 43. 20. — l. 3. § 2. u. 9. D. 43. 21. Dem Müller liegt es daher ob, den Mühlgraben zu reinigen, und in wasserdichtem Stande zu erhalten, s. Erk. d. O. A. G. zu Dresden in Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 1. S. 13.

erhalten, und eben dies gilt von den an öffentlichen Flüssen angelegten Mühlen. Nur dann könnte die Concession des oberen Müllers restrictiv auszulegen seyn, wenn die untere Mühle erweislich früher entstanden ist, s. Meurer Wasserr. S. 186. Außerdem kann man Jenem das Recht, zu seiner Nothdurft zu stauen, wohl nicht absprechen, s. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erört. Bd. IV. S. 13., v. Rohr Haushaltungsr. Buch. IV. c. 11. § 26., Mittermaier deutsch. Privatr. § 239. (295.), Haubold Sächs. Privatr. § 367., Westphal deutsch. Privatr. Thl. II. S. 173. Abweichend hiervon gesteht das bayerische Landr. Thl. II. Kap. 8. § 15. dem oberen Müller das Stauungsrecht an Privatgewässern zwar unbedingt, an öffentlichen Flüssen aber durchaus nicht zu.

Daß der obere Müller, wenn und so weit es sein Bedürfniß erfordert, das Wasser stemmen und ansammeln dürfe, wenn dies auch dem unteren Müller zum Schaden gereichen sollte, hat das O. A. G. in Jena in mehreren Erkenntnissen als Grundsatz angenommen,*) mithin nicht, wie von Langenn u. Kori in den Erört. Thl. II. no. 12., Pfotenhauer in Zachariä Annalen Bd. II. S. 157. und C. A. Weiske Gewerbsr. S. 195. dafür hält, blos dann, wenn das laufende Wasser für den oberen Müller nicht einmal zur Betreibung eines Mahlganges hinreicht. Der Untermüller kann einen Widerspruch gegen das Wassersammeln des Obermüllers nur darauf gründen, daß dieser es zur Ungebühr ohne dringendes Bedürfniß vorgenommen habe. Der bloße seitherige Zustand ohne Prohibitivacte, oder sonstige positive Besitzhandlungen kann keinen eigentlichen Besitz, welcher durch possessorische Interdicte zu schützen wäre, hervorbringen, s. Emminghaus Pand. des gem. sächs. Rechts S. 189. no. 12. Uebereinstimmend ist ein Erkenntniß des O. A. G. in Dresden, s. ebend. S. 196. no. 23., v. Rohr Haushaltungsr. Buch IV. c. 11. § 25.

Zu 2) Der landespolizeilichen Aufsicht ist zwar die Anlegung einer Mühle allenthalben aus bekannten Gründen unterworfen, es sey nun eine Wasser- oder Windmühle; übrigens ist die Anlegung einer Wassermühle, wenn sie nicht an einem öffentlichen Fluß geschieht, im Eigenthumsrecht begriffen, und wenn der Staat das Recht, Mühlen zu errichten, als ein Regal anspricht, so hat er die Vermuthung gegen sich, s. Danz zu Runde Bd. I.

---

*) Falls aber der Obermüller Schützen auf seinem Wehr anbringen, d. h. das Wasser in einem zu Treibung der Räder bestimmten Kanal aufstauen und davon beliebig nachher dazu benutzen will, um sein Werk in Bewegung zu setzen, so steht der Regel nach dem Untermüller eine act. confessoria zu, s. Urtheil des O. A. G. in Jena bei Emminghaus l. c. S. 196. no. 23.

§ 103., Quistorp prakt. Erörter. Thl. I. no. 4., Denecken Dorf- und Landrecht S. 313., Mittermaier deutsch. Privatr. § 237. (293. a.), Leyser Sp. 426. Med. 8., Struben rechtl. Bedenken Thl. II. no. 48., Müller Diss. de juribus molendinorum § 20. Als Kennzeichen des in einem Lande bestehenden Mühlenregals wird die Entrichtung eines Mühlenzinses bei Anlegung einer Mühle betrachtet, welche jedoch nicht mit einer Gewerbesteuer verwechselt werden darf, s. Mittermaier l. c. — Ein Widerspruchsrecht anderer Müller, welche dadurch an ihrem Nahrungsstand verlieren, findet gegen eine landesherrliche Concessionsertheilung da, wo sie nöthig ist, nicht Statt, s. Klein merkw. Rechtssprüche der Halleschen Juristenfacultät Bd. I. S. 280.

Zu 3) Bei dieser Frage stößt man auf eine mißliche Collision zwischen den Interessen der Landescultur und der industriellen Unternehmungen. Beide Interessen in das Gleichgewicht zu setzen, haben sich neuere Gesetzgebungen in Preußen, Würtemberg ꝛc. mehrfach bemüht, s. das preußische Gesetz wegen des Wasserstauens bei Mühlen und Verschaffung der Vorfluth v. 15. November 1811. Hie und da findet man specielle Bestimmungen gegeben, wodurch die Wässerung auf eine gewisse Anzahl von Tagen und Stunden eingeschränkt ist. An einem öffentlichen Flusse können alle Rechte in Bezug auf Anlagen und Ausübung der Wasserrechte nur durch Concession der Staatsgewalt erworben werden, und nur die Staatsregierung regulirt das Verhältniß der an einem öffentlichen Flusse zum Wassergebrauch von ihr berechtigt erklärten Personen, daher die Mühlenverleihung häufig auch das Recht enthält, so viel Wasser zu benutzen, als zur Betreibung der Mühle, soweit ihr eine gewisse Anzahl von Gängen verliehen ist, gehört, woraus also eine Beschränkung der übrigen Wässerungsberechtigten gefolgert werden kann, s. Strippelmann Samml. v. Entscheidungen d. O. A. G. in Cassel Thl. II. S. 200.

Anders aber ist es bei Privatgewässern. Da läßt sich die Behauptung von Bülow und Hagemann in den Erörter. Bd. I. no. 3. 4. u. Bd. IV. no. 1. „Niemand könne berechtigt seyn, das Wasser eines Bachs, der eine Mühle treibt, so zur Bewässerung seiner Grundstücke zu stauen oder abzuleiten, daß dadurch der Betrieb der Mühle gehindert wird," wohl nicht rechtfertigen, denn dafür ist weder ein Gesetz, noch ein anerkannter fester Gerichtsbrauch aufzufinden, vielmehr begünstigen die römischen Gesetze sehr das Wässerungsrecht der Anlieger eines Flusses, l. 17. D. 8. 1.

Bei Privatflüssen und Bächen, welche sich durch verschiedene Ländereien ziehen, daher solches Gewässer als eine natürliche Einheit und Totalität der Gemeinschaft und dem Gebrauchsrechte Mehrerer unterliegt, und von Natur unterliegen muß, ist nothwendig eine Gemeinschaft anzunehmen, s. das Urtheil der Jenaischen Facultät bei Emminghaus Pand. S. 192., welche auch zwischen dem Müller und den Wässerungsberechtigten angenommen wird, s. Seuffert u. Glück Bl. f. R. A. Bd. I. S. 61. Daraus folgt aber nicht, daß der unten liegende Müller befugt wäre, dem höher liegenden Wiesenbesitzer die Benutzung des Wassers, die auf gewöhnliche Weise zur Bewässerung ausgeübt wird, zu verwehren, wenn gleich dadurch der Müller weniger Wasser bekommt, als er braucht; denn der Wiesenbesitzer handelt ja nur vermöge seines Rechts, und es liegt lediglich in der Natur der Sache, daß durch Ausübung seines Rechts der unten liegende Müller entbehrt, was sonst ihm zugeflossen wäre. Aus dem Recht der Mühlenanlage folgt zwar das Recht, das zur Mühle fließende Wasser zu benutzen, allein kein ausschließendes Recht des Wassergebrauchs. — So entschied die Heidelberger Facultät in einem in Emminghaus Pand. I. S. 192. abgedruckten Erkenntniß,*) dagegen ein früheres Urtheil des O. A. G. in Dresden ebend. S. 195., indem es präsumtiv gleiche Rechte der Adjacenten am Wasser supponirt, eine gegenseitige Beschränkung derselben unter sich statuirte, welche auch die Blätter f. Rechtsanw. l. c. sich aneignen, und daher die entgegengesetzte Ansicht Kori's im civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 37. ꝛc. bestreiten.

Abschnitt 5. Von der Fischerei.

1) Ist die Fischerei ein Regal? insbesondere der Lachsfang?
2) Wenn der Wasserzufluß irgendwo eine Lache gebildet hat, wem steht es zu, darin zu fischen? Darf auch der Eigen-

*) Das Heidelberger Facultäts-Urtheil bemerkt hierüber noch: aus Veranlassung römischer Stellen hat sich schon früh, und durch die Erwägung, daß Derjenige, an dessen Grundstück das Wasser hinfließt, auch am ersten Nachtheile davon leidet, z. B. bei Ueberschwemmungen, die Rechtsansicht ausgebildet, daß die Adjacenten, deren Eigenthum sich längs dem fließenden Wasser eines Bachs hinzieht, sich dieses Wassers, wo es vorbeifließt, nicht blos zur Wässerung ihrer Grundstücke, sondern auch auf jede andere Art bedienen können, bei welcher jedoch da, wo das Wasser das Grundstück verläßt, dem Wasser sein natürlicher Lauf gelassen wird. Diese Ansicht ist im ge-

thümer des umgrenzenden Landes die Lache ausfüllen oder verschließen?

3) Kann das Fischereirecht durch bloßen Nichtgebrauch in langer Zeit verloren gehen?
4) Darf der Fischereiberechtigte die Fische auch auf fremden Gründen wieder einfangen, wenn sie bei großem Wasser oder Durchbruch der Dämme dahin gerathen sind?
5) Kann Derjenige, welcher in einem Revier eines öffentlichen Flusses die ordentliche Verjährungszeit hindurch allein die Fischerei ausgeübt hat, ein Recht behaupten, Andere davon auszuschließen?
6) Ist im Fischereirecht auch der Krebsfang mit begriffen?
7) Was für Rechte hat der Fischereibesitzer zur Abhaltung von Beschädigungen?

Zu 1) Eigentlich kann dem Staat nur als Flußeigenthümer das Recht, in öffentlichen Flüssen zu fischen, beigelegt werden, gleichwie in Privatwassern den Privateigenthümern, s. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 329., Rambohr jurist. Erfahrungen Bd. II. S. 60., Mittermaier l. c. § 234. (291). Im Mittelalter oder wohl noch später wurde gleichwohl das Fischereirecht zu den Regalien gerechnet, und dies nach und nach in einem Maße, welches vom Eigenthum kaum verschieden ist. Ist das Fischereirecht einem Privaten verliehen, so darf er im Fluß nichts vornehmen, wodurch die freie Schifffahrt gehindert würde, Leyser Sp. 503. Med. 4. Die Meer= und Küstenfischerei, z. B. den Wallfisch=, Härings= und Sardellenfang, kann Jedermann frei ausüben, wo nicht besondere Landesordnungen ihn einschränken, s. Hagemann Landwirthschaftsr. § 209. Der Lachsfang gehört auch nur in so fern ad regalia (uneigentlich genommen), als die Fischerei in öffentlichen Flüssen dazu gerechnet wird, Eisenberg und Stengel Beiträge 2c. Bd. VI. S. 65. In nicht öffentlichen Gewässern steht den Ufereigenthümern gegenseitig die Fischerei bis zur Mitte des Wasserbettes zu, s. Mittermaier deutsch. Privatr. § 234.

Zu 2) Wenn die Lache in keiner Beziehung zu einem Fluß steht, so ist sie ohne Zweifel als ein Theil des Grundstücks, auf welchem sie

---

meinen deutschen Recht anerkannt, Günther D. de jure aquarum, Gesterding im civilist. Archiv Bd. III. S. 63., Kori ebendas. Bd. XVIII. S. 43., Mittermaier deutsch. Privatr. § 222.

sich befindet, zu betrachten, mithin Privateigenthum, l. 13. § ult. D. 47. 10. — l. 24. § 3. D. 39. 3. Außerdem, wenn sie nämlich durch den Fluß entstanden ist, kommt zunächst in Betracht, ob sie noch in Verbindung mit dem Flusse steht, oder ob die Verbindung bereits aufgehoben ist. Im ersten Fall ist sie den rechtlichen Verhältnissen des Flusses unterworfen und als Theil desselben anzusehen, l. 30. § 3. l. 38. D. 41. 1. — l. 3. § 17. D. 41. 2., wenn es nicht anders eine temporäre, von selbst wieder zurückgehende Ueberschwemmung ist, l. 1. § 9. D. 43. 12.; ist aber die Verbindung wieder aufgehoben, so wird die Lache wieder Zubehör des Grundstücks, auf dem sie sich befindet. Auch kann dem Eigenthümer des Grunds nicht verwehrt werden, jene Verbindung durch Verdämmung seines Grunds wieder aufzuheben und den Fluß in seine natürlichen Grenzen zurückzuweisen, cf. D. tit. de ripa munienda (43. 15.), Funke im civil. Archiv Bd. XII. S. 300. Uebrigens findet auch auf Sümpfe und Lachen die Vorschrift Anwendung, daß es nicht erlaubt ist, das Wasser auf ein nachbarliches Grundstück zu leiten, wohin es seinen natürlichen Abfluß nicht hatte. Solches darf auch nicht durch eine Verdämmung des Sumpfes bewirkt werden, l. 1. § 1. 2. D. 39. 3. Zwar setzt l. 2. § 9. eod. dabei die Absicht zu schaden voraus; allein diese läßt sich von einer an sich schädlichen Handlung kaum trennen, Kori im civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 52. not. 51.

Der Eigenthümer eines Teichs, welchen er austrocknen will, kann den Eigenthümer eines anliegenden Teichs nicht deswegen zwingen, die Schutzbretter seiner Schleußen zu erniedrigen, weil die Höhe, worin sie das Wasser erhalten, jene beabsichtigte Austrocknung verhindert, er könnte denn beweisen, daß das Wasser durch künstliche Anlagen auf diese Höhe getrieben werde, s. Lassaulx Annalen Bd. IV. S. 175.

Zu 3) Es kommt darauf an, ob es jure servitutis oder als Ausfluß des Eigenthums besessen war. Im ersten Fall kann es ohne Zweifel durch 10—20—30jährigen Nichtgebrauch verloren gehen, im zweiten Fall aber kann dies selbst dann nicht behauptet werden, wenn der Eigenthümer das ihm allemal neben dem Servitutberechtigten noch als Eigenthümer zuständige Mitbenutzungsrecht noch so lange Zeit nicht ausgeübt hat; denn es stand ja blos in seiner Willkühr, diese Nutzung zu ziehen oder nicht. Von diesem Fall kann daher die l. 7. D. 44. 3. nicht verstanden werden, wenn da gesagt ist, si quisquam in fluminis *publici* diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem jure uti prohibet, v. Bülow und Hagemann's prakt. Erörter. Bd. VII. S. 328.

Zu 4) Wohl, wenn sie auf fremdes Land hingeschwemmt wurden, s. Leyser Sp. 502. Med. 8.; denn, wenn Gründler in der Polemik des germ. Rechts Thl. II. S. 422. das Gegentheil behauptet, so kann wohl nur so viel zugestanden werden, daß er den Grundbesitzer davon in Kenntniß setzen und ihn nöthigenfalls entschädigen muß. Sind aber seine Fische in Flüsse oder Ströme gerathen, worin ein Anderer das Recht zu fischen hat, so müßte er, um sie weiter zu verfolgen, erst untrügliche Kennzeichen nachweisen, welche seine Fische von anderen Fischen unterscheiden, s. Mittermaier deutsch. Privatr. § 234. (291.), Preuß. allgem. Landr. Thl. I. tit. IX. § 178—182. Bildet das übergetretene Wasser einen neuen fischbaren Strom oder Arm, so versteht sich, daß er ihn auch befischen darf, da der vorige Besitzer des Grundes Besitz und Eigenthum durch Bildung des Stroms verloren hat, s. Gründler l. c. S. 361., Weiske Archiv f. prakt. Rechtskunde Thl. II. S. 48.

Zu 5) Diese bezüglich der oben zu Frage 3. angeführten l. 7. D. 44. 3. und l. 45. pr. D. 41. 3. bestehende Controverse scheint mit Leyser Sp. 503. Med. 5. Coroll. 2. und Struben rechtl. Bedenken Thl. V. S. 37. dahin entschieden werden zu müssen, daß zur Ausschließung Anderer ein Prohibitionsrecht durch Verbot auf einer und Beruhigung auf anderer Seite erworben seyn müßte.

Zu 6) Ja, s. Hagemann Landwirthschaftsrecht § 210. not. 1., Mittermaier l. c., Rohr Haushaltungsrecht Bd. VIII. Kap. 5., Weiske Handb. des allgem. Landwirthschaftsrechts S. 36.

Zu 7) Er kann fordern, daß Niemand durch Zäune, Dämme und andere Wehrungen oder durch Versetzung des Flusses ober- oder unterhalb den freien Gang der Fische hindere, nicht Hanf, Flachs oder andere schädliche Materien und Beizen in das Fischwasser bringe, und daß das Wasser bei einem nothwendigen Wasser- oder Mühlenbau nicht ohne seine vorherige Kenntniß abgelassen werde, v. Berg Handb. des deutsch. Polizeirechts S. 380., Hagemann l. c. § 210. Er kann Anstalten, durch welche die Fischerei zerstört würde, verhindern, und Thiere, welche ihr schädlich sind, wegfangen und verscheuchen, s. Hagemann l. c.

Abschnitt 6. Von Wasserleitungen.*)

1) Wenn ich das Wasser bisher durch einen Graben auf das tiefer liegende Grundstück geleitet habe, nun aber es durch einen Kanal, Deicheln oder Rinnen führen will, ist mir dies erlaubt, und auch umgewandt?

2) Wenn mir ein Servitutrecht der Wasserleitung für das bei

---

*) Die Verhältnisse des Privaten, welcher aus einem öffentlichen Wasserbehälter Ableitung von Wasser bisher vornahm, gestalten sich nach Erkenntnissen des O. A. G. zu Cassel v. J. 1836. u. 1841. dahin, daß zwar das petitorische Interdict de aqua ex castello, l. 1. § 38. 39. 45. D. 43. 20., ihm zusteht, er aber kein possessorisches Interdict, insonders nicht das de aqua quotidiana hat, Strippelmann Bd. III. S. 146.

Schon nach R. R. l. 11. § 1. D. 8. 4. steht jedem Besitzer einer Wasserleitung das Recht zu, alle diejenigen Handlungen auf den daran stoßenden Grundstücken vorzunehmen, ohne deren Ausübung die Instandhaltung und Wiederherstellung derselben unmöglich seyn würde, namentlich den in derselben sich anhäufenden Sand und Schmutz bei deren Reinigung auf die angrenzenden Grundstücke zu werfen. Diese gesetzliche Bestimmung kommt auch h. z. T. in Anwendung, Klinger Dorf- u. Bauernrecht Thl. IV. S. 406., und ist insonderheit auf Wasser und Mühlgraben zu beziehen, bei welchen die angeführte Befugniß unter der Bezeichnung „das Recht des Schaufelschlags" verstanden wird. Obschon die oben angezogene Stelle nur das Verhältniß einer servitutmäßig angelegten Wasserleitung betrifft, so hat doch der Gerichtsbrauch auf ohnstreitig sachgemäße Weise sich dahin entschieden, daß der Eigenthümer eines Mühlgrabens alles dasjenige auf den anliegenden Grundstücken vornehmen darf, was nothwendig ist, wenn das Eigenthum an dem Mühlgraben nicht in vielfacher Hinsicht soll aufgehoben oder vereitelt werden. Doch hat derselbe so zu verfahren, wie die Ausübung seines Rechts an dem Mühlgraben am wenigsten der anliegenden Grundbesitzer Eigenthum belästigt; insbesondere ist auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Berechtigte nicht etwa im Stande ist, alle hinsichtlich des Mühlgrabens nöthigen Vorrichtungen ins Werk zu stellen, ohne das Eigenthum der Anlieger zu belästigen, oder dies in dem fraglichen Maße zu thun, wenn er z. B. ein eigenes Grundstück an der gegenüber liegenden Seite des Mühlgrabens besitzt, s. Erk. des O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1845. no. 31. S. 247., s. auch act. leg. Aquil. Wenn das Bette des Mühlbachs Eigenthum des Adjacenten ist, so erkennt derselbe Gerichtshof das Gebrauchsrecht des Müllers an dem Wasser nur als ein Servitutrecht, und den darin sich sammelnden Schlamm als Alluvion, daher als Eigenthum des Adjacenten, von dessen Grund und Boden der Grund des Mühlbachs nur eine Fortsetzung ist, während der Müller durch das Auswerfen des Schlammes nur ein adminiculum servitutis übt, s. Wochenbl. f. m. Rechtsf. 1852. S. 81.

mir entspringende Wasser zusteht, darf ich dasselbe auch für ein in der Folge mir noch zufließendes Wasser gebrauchen?

3) Wenn ein Wässerungsberechtigter aus einem Garten eine Wiese macht, oder umgewandt, und dadurch mehr Wasser als zuvor verbraucht, hat der Nachbar deshalb ein Recht zur Beschwerde?

4) Wenn mir die Wasserleitung vom Fluß an mein angrenzendes Grundstück zusteht, kann ich sie dann, wenn der Fluß zurückgetreten ist, und mit Veränderung des Bettes eine andere Richtung genommen hat, durch Röhrenleitung noch ferner behaupten?

Zu 1) Meurer l. c. S. 145. hält das erstere für erlaubt, wenn es ohne Schaden des Nachbars geschieht, das letztere aber nicht, weil dem Nachbar der Graben in seinem Gut nachtheiliger ist; aus einer Vergleichung der l. 1. § 10. 11. l. 2. l. 3. pr. § 1. D. 43. 20. ergibt sich aber, daß überhaupt dergleichen Veränderungen nur in so fern zulässig sind, als sie für den Eigenthümer nothwendig sind, und ohne Nachtheil für den Nachbar ausgeführt werden können, ja im letzteren Fall berechtigt Jenen schon die bloße Nützlichkeit, s. Elvers l. c. S. 521.

Zu 2) Nur dann, wenn es mir von Natur zufließt, nicht aber, wenn ich es künstlich hinleite, l. 1. § 17. D. 43. 20. — Meurer l. c.

Zu 3) Nein; s. l. 3. § 2. D. 39. 3. — Meurer l. c. S. 146.

Zu 4) Die l. 3. § 2. D. 43. 20. entscheidet diese Frage dahin: daß ich es nicht könne, weil der diesfalls dazwischen liegende Grund nicht dienstbar, und somit die Dienstbarkeit unterbrochen ist.

Mehreres s. oben Abschn. 1. Rechte und Pflichten im Allgemeinen. Uebrigens ist hier auf die Servitutlehre zu verweisen.

Abschnitt 7. Vom Deichrecht.*)

1) Während bekanntlich die Deichlast oder die Unterhaltung der Dämme zur Abwendung der Ueberschwemmungen und Austrocknung der Moräste Denjenigen obliegt, deren angrenzende

---

*) Vergl. Hunrich's Entwurf eines Deichrechts in den Marschländern, v. Ende vermischte jurist. Abhandlungen Thl. I. S. 22.

Ländereien dadurch geschützt und gebessert werden, fragt es sich, wenn der Fall eintritt, daß die bisherigen Deiche nicht mehr der Gewalt des andringenden Wassers widerstehen können und deshalb weiter landeinwärts neue Deiche angelegt werden müssen, ob diejenigen Grundbesitzer, welche hierzu Grund und Boden herzugeben haben, und diejenigen, deren Grundeigenthum durch die Zurücksetzung der Deiche nun der Wasserbeschädigung Preis gegeben wird, Entschädigung von der Deichgenossenschaft zu fordern berechtigt sind?

2) Wenn die deichpflichtigen Grundstücke sich in getheiltem Eigenthum befinden, oder im Erbrechtsverband stehen, ist dann auch der Obereigenthumsherr zur Deichlast beizutragen verbunden?

3) Vermag unvordenkliche Verjährung von der Deichlast zu befreien?

Zu 1) Den Ersteren gebührt unzweifelhaft Entschädigung, die Letzteren müssen den Schaden, als durch Zufall entstanden, selbst tragen, s. Danz Handb. des deutsch. Privatr. Thl. I. § 121., Eichhorn deutsch. Privatr. § 271., Pufendorf Obs. T. IV. no. 216. § 5. Anderer Meinung ist zwar Dreyer in den Miscellaneen des deutschen Rechts S. 21. u. v. Halem D. de jure eliminatorum eorumque indemnisatione aequitati et juri magis consentanea, man wird aber wohl nur so viel zugeben können, daß die Besitzer der ausgedeichten Ländereien in dem Fall Entschädigung fordern können, wenn der Deich blos zur Verminderung der Unterhaltungskosten weiter zurückgesetzt wird, s. Runde deutsch. Privatr. § 121. not. g.

Zu 2) Zunächst muß der Nutzungseigenthümer, subsidiär aber auch der Gutsherr contribuiren, s. Hagemann Landwirthschaftsr. S. 308., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. S. 3.

Zu 3) Die Deichlast ist eine Reallast, von welcher keine Immunität und selbst unvordenkliche Verjährung nicht befreit, wenn das Grundstück in der Deichstrecke liegt, und der Ueberschwemmung wirklich ausgesetzt ist, s. Mittermaier deutsch. Privatr. § 226. (284.)

---

§. 3. Vom Landeigenthum.

Obgleich das Eigenthum an Grundstücken sich nicht nur auf die Oberfläche des Bodens und was darauf gebaut oder aufgesetzt

wird, sondern auch auf den Luftraum*) über dem Grund und Boden, s. l. 21. § 2. l. ult. § 4. D. 43. 24. — l. 8. § 5. l. 14. § 1. D. 8. 5. — l. 44. D. 47. 10. — sowie auf das Innere des Grundstücks erstreckt, l. 13. § 1. D. 8. 4. — l. 18. pr. D. 23. 5. — l. 7. § 13. u. 14. D. 24. 3., so haben die Socialverhältnisse doch auch hier manche Beschränkungen der Dispositionsfreiheit erzeugt. Z. B.

1) In welchen Fällen kann man gezwungen werden, sein unbewegliches Eigenthum zu öffentlichen Zwecken abzutreten? Aufgrabungen zu gestatten? oder auch
2) Privaten einen Weg über sein Grundeigenthum einzuräumen?
3) Bin ich schuldig, Demjenigen, welcher behauptet, daß in meinem Grund und Boden Sachen von ihm vergraben seyen, das Herausgraben zu gestatten?
4) Muß ich mir das Ueberhängen von Aesten des auf diese Weise durch Beschattung meines Grundstücks meinen Gewächsen nachtheiligen Baumes oder einen meinem Gebäude schädlichen Baum des Nachbars gefallen lassen?
5) Muß ich dem Nachbar das Auflesen der von seinem Baum zu mir herüber fallenden Früchte gestatten?
6) Wenn Jemand in seinen Boden meinen Baum verpflanzt und derselbe schon darin gewurzelt hat, steht mir dann noch die Vindication zu?
7) Wenn ein Baum auf dem Rain oder auf der Gränze zwischen zwei Grundstücken steht, wem gehört er dann, wenn seine Wurzeln sich in beide Grundstücke verbreiten?
8) Wem ist im Zweifel das Eigenthum eines Feldrains zuzuerkennen?
9) Wem gehört im Zweifel der an der Grenze befindliche Graben?
10) Wenn Jemand sein Grundstück gegen jenes des Nachbars befrieden will, wie weit muß er mit der zu setzenden Hecke auf seinen Grund und Boden zurückrücken?

---

*) Das Jus dominandi über den Luftraum äußert sich zwar nur prohibitionsweise gegen Andere, in so fern aber doch als ausschließende Benutzung und Abwehrung aller Eingriffe, s. Gesterding das Mährchen von der Luftsäule in dessen Ausbeute von Nachforschungen Bd. III. S. 447.

11) Darf ich an der Rückwand eines Gebäudes oder einer Mauer oder Planke meines Nachbars Spalierobst ziehen?

12) Durch welche Vorzüge zeichnet sich das Gartenrecht vor anderem Ruralbesitz aus?

13) Darf ich die zur Befriedung meines Grundstücks gesetzten Planken, Zäune, Riegelwände nach Willkühr erhöhen oder erniedrigen, oder kann der Nachbar dagegen Einspruch thun?

14) Wenn die Planken mit einer Bedachung versehen werden, wie muß diese gerichtet werden?

15) Wenn ein Gut oder ein Grundstück sammt den darauf befindlichen Bäumen verkauft worden ist, gehören dann auch die darauf sich befindenden bereits abgehauenen Bäume dem Käufer?

16) Auf welcherlei Art können die Gränzen des Grundeigenthums bewiesen werden?

17) In welchen Fällen tritt Behufs der Gränzregulirung die act. finium regundorum ein?

18) In wie fern ist sie unverjährbar?

19) Findet sie blos bei Grundstücken oder auch bei Gerechtigkeiten Statt?

20) Auch bei Gebäulichkeiten?

21) Was ist Rechtens in Ansehung der mit der act. fin. reg. verbundenen Nebenforderungen an Früchten und Interesse?

22) Sind im Zweifel die natürlichen oder die künstlich angelegten Gränzen von entscheidendem Gewicht?

Zu 1) Es müssen entweder nothwendige und anerkannt gemeinnützige Zwecke seyn, und damit in der zweiten Beziehung kein Spielraum für die Meinung bleibe, sind in neueren Gesetzgebungen die normalen Zwecke ausdrücklich bestimmt worden, insbesondere zu Fortificationszwecken und Militäretablissements, Erbauung oder Erweiterung von Kirchen, Schulhäusern, Spitälern, Kranken- und Irrenhäusern, für Gottesäcker, Flußrectificationen und Schiffbarmachung der Flüsse, Wasserleitungen, Straßenanlagen, cf. l. 14. § 1. D. 8. 6., Kanälen, Häfen, Eisenbahnen, Telegraphen, Anstalten zum Schutz vor Ueberschwemmungen, zur Austrocknung der Sümpfe und anderen sanitäts- und sicherheitspolizeilichen Zwecken.

Das Eigenthum des Einzelnen muß auch dann zum Opfer gebracht werden, wenn die allgemeine Erhaltung es fordert, wie in Feuers- und Wassersnoth, oder aus Kriegsraison, in allen und jeden Fällen aber nur gegen vollkommene Entschädigung, s. Neuester Expropriationscodex. Nürnberg b. Riegel u. Wießner. § 229.

Die nicht glossirte l. 2. C. 10. 27., welche die Besitzer von Vorräthen zu einer gezwungenen Abgabe um den bestehenden Preis, wenn Hungersnoth und Mangel droht, zwingt, ist auch in einzelne Landesgesetzgebungen übergegangen, z. B. Preuß. allgem. Landr. Thl. I. tit. 11. § 7. — Zu Kiesgruben und Steinbrüchen darf das Privateigenthum nur im Mangel von Aerarialgründen in Anspruch genommen werden, s. Expropr. Codex § 11.

Das Nachgraben nach erst zu entdeckenden Mineralien muß der Eigenthümer, wo er dadurch nicht beschädigt wird, nach l. 3. u. 6. C. 11. 6. — l. 13. § 1. D. 8. 4. gegen Abgabe von 10 Procent gestatten; h. z. T. bestehen in Beziehung auf den Bergbau besondere Landesordnungen.

Zu 2) Auch einem Privaten gegenüber ist der Eigenthümer verbunden, den unentbehrlichen Weg zu einem Grabmahl zu gestatten, l. 12. pr. D. 11. 7., und die heutige Praxis dehnt diese Pflicht, gegen Entschädigung, auf alle Fälle aus, wo Jemand außerdem nicht auf sein Grundstück gelangen könnte, s. Puchta Lehrb. d. Pand. § 124. Das Nothrecht im strengen Sinne des Worts ist im Allgemeinen von den Gesetzen in Schutz genommen, l. 40. l. 45. § 4. D. 9. 2. — l 14. D. 19. 5. Die aequitas tritt hier öfter an die Stelle des strengen Rechts, wie z. B. beim interd. de glande legenda, und nach l. 2. § 5. D. 39. 3. bei der act. aquae pluviae arcendae, wie auch bei der act. ad exhibendum. Es kann daher keinem Zweifel unterworfen werden, daß Derjenige, welcher sich und sein Eigenthum, auf seinem Grundstück eingeschlossen, der dringendsten Feuers- und Wassersgefahr ausgesetzt sieht, in Ermangelung eines andern noch zugänglichen Wegs für sich und seine Effecten einen Weg durch des Nachbars Gebiet sich bahnen dürfe, s. Elvers Themis Bd. I. S. 75. ꝛc. Was vom Nothweg zu Grundstücken Siculus Flaccus de conditionibus agrorum sagt: ad omnes autem agros semper iter liberum est, ist indirect bestätigt in l. 44. § 9. D. de legat. I. (30.), versteht sich nur gegen Ersatz des Schadens, sowie überhaupt auch der Nothweg nur gegen Vergütung erlangt werden kann, s. leg. cit. „justo pretio“. Eine besondere Anwendung der Lehre vom Nothweg findet sich in der Praxis bei der Aufführung und den Reparaturen der Gebäude, Mauern ꝛc., indem näm-

lich die Nachbarn den Handwerksleuten nöthigenfalls den Zugang gestatten müssen, wozu das s. g. Recht des Hammerschlags kommt, welches den Nachbar verbindet, 2—3 Fuß seines Grund und Bodens für die Zeit der Bauten und Reparaturen der unmittelbar an der Gränze befindlichen Gebäude, Mauern, ꝛc. herzugeben, s. Klöntrup Alphabet. Handb. d. besond. Rechte u. Gewohnheiten ꝛc., Osnabrück. Recht sub voce Hammerschlag. — Elvers l. c. S. 118. — Daß Der, welcher durch eigene Schuld seinen früheren Weg verloren hat, seinen Nachbar nicht wegen eines Nothwegs in Anspruch nehmen kann, leuchtet von selbst ein, s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 8. tit. 3. § 4. Doch gesteht ihn Pufendorf in Obs. jur. univ. T. I. obs. 240. dann zu, wenn der vorige Weg durch Nachlässigkeit eines Dritten, z. B. des Pächters, ihm verloren ging. Sind der Angränzer mehrere, so muß die Imploration gegen sie insgesammt gerichtet und officio judicis überlassen werden, die zweckmäßige Richtung zu bestimmen, s. Elvers l. c. Mehreres s. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen no. 471. bis 473., Weiske Handb. d. Landwirthschaftsr. § 231., v. Soden Rechtsfälle. Nürnberg 1825. no. 8., Reinhard Abhandl. über einige wichtige Gegenstände des Civ.- u. Crim.-Rechts no. 3.

Der Grundsatz vom Nothweg wird beispielsweise auch zu Gunsten des Schäfereiberechtigten in Anwendung gebracht, wenn er zu einem öffentlichen Fluß oder Bach, Behufs des den Schafen vor der Schur besonders heilsamen Trinkens und Badens, nicht gelangen kann, ohne die angränzenden Grundstücke zu berühren, Scholz Schäfereirecht § 58. Indessen dürfte hier die Frage über absolute Nothwendigkeit, s. Elvers Themis l. c., oft schwierig werden. Vergl. v. Soden Rechtsfälle l. c., Reinhard Abhandl. l. c., Weiske l. c., Hartitzsch l. c.

Zu 3) Der Eigenthümer eines Grundstücks, in welchem Sachen von mir vergraben sind, kann von mir mit dem interd. de thesauro auf Gestattung der Herausnahme belangt werden, l. 15. D. ad exhib. (10. 4.), sowie überhaupt der Eigenthümer eines Grundstücks, auf dem sich fremde Sachen befinden, unter den gehörigen Voraussetzungen ad exhibendum belangt werden kann, wie im Obligationenrecht weiter zur Erörterung kommen wird.

Zu 4) Wenn der Baum meinem Grundstück schadet, so kann ich nur verlangen, daß der Eigenthümer des Baumes die Zweige bis auf 15 Fuß Höhe abhaue, l. 1. pr. § 7. 8. 9. D. 43. 27. — Ob ich damit auch in dem Fall zufrieden seyn muß, wenn der Baum meinem Gebäude schadet, ist nach l. 1. § 2. D. de arbor. caed. (43. 27.) zweifelhafter, weshalb von mehreren Rechtslehrern die bejahende Meinung,

als die gelindere, vorgezogen wird, s. Hagemann Landwirthschaftsrecht § 137., dagegen Andere in diesem Fall das gänzliche Abhauen des Baumes statuiren, s. Fritsch de jure hortorum § 34., Wildvogel de eo, quod justum est circa arbores Cap. III. § 12., Schweppe röm. Privatr. Bd. II. S. 59., v. Langenn u. Kori Erört. Thl. II. S. 241., was auch consequenter und billiger scheint — vorausgesetzt, daß der Schaden auf andere Weise nach Urtheil der Sachverständigen nicht entfernt werden kann.

Zu 5) Wo nicht durch Statuten oder unzweifelhaftes Herkommen der Grundsatz des deutschen Rechts aufrecht erhalten ist: „was in des Nachbars Garten fällt, das ist sein," s. Sachsenspiegel Bd. II. Art. 52., Stryk Us. mod. Pand. Lib. 43. tit. 28. § 1., Runde deutsch. Privatr. § 284 b., da gilt die Vorschrift des tertio quoque die, nach l. un. pr. D. de glande legenda (43. 28.), über deren Auslegung der frühere und von Gesterding in der Lehre vom Eigenthum S. 24. erneuerte Streit, ob das quoque als Adverbium oder als Ablativ von quisque zu nehmen sey, von den Meisten dahin entschieden wird, daß nicht mit Gesterding das Erstere — nämlich, daß nach 3 Tagen die in meinen Garten gefallenen Früchte des Nachbarbaumes als res derelictae oder durch Verjährung mein werden, bis dahin aber oder auch noch am 3. Tage dem Nachbar frei stehe, sie zu sammeln, — anzunehmen sey, sondern vielmehr das Letztere den richtigen Sinn gebe, nämlich, daß ich schuldig bin, dem Nachbar das Auflesen der auf meinen Grund herübergefallenen Früchte seines Baumes je am dritten Tage, d. i. je um den andern Tag, also von heute auf übermorgen zu gestatten, s. Roßhirt Zeitschr. f. Civ.- u. Crim.-Recht Bd. I. S. 117. Vergl. Thibaut civilist. Abhandl. Bd. I. no. 1. und im Archiv f. civilist. Praxis Bd. I. S. 127., Schweppe Magazin Bd. I. S. 142., Puchta in Schunk's Jahrb. Bd. III. S. 21., Dirksen in d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. II. S. 421. Neuerlich ist jedoch von v. Vangerow im Leitf. f. Pand.-Vorlesungen § 297. not. 3. und Guyet im civilist. Archiv Bd. XVII. S. 64. rc. in Ansehung der Frage, ob das tertio quoque die mit alternis diebus gleichbedeutend sey, ob also nur ein Tag, oder ob zwei Tage zwischen den zum Auflesen der Früchte bestimmten Tagen frei bleiben müssen, die letztere Ansicht geltend gemacht worden. Vergl. Grimm in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. III. S. 357., Cicero in Verr. orat. II. lib. II. c. 56. no. 139., Sueton. in vita Caesar. c. 40., Macrob. Saturnal. Lib. I. c. 13. 14., Isidori origg. Lib. VI. c. 17. § 15.

Zu 6) Allerdings die rei vindicatio utilis; ist aber der Baum im fremden Boden noch nicht eingewurzelt, so habe ich rei vindicationem directam, l. 5. § 3. D. 6. 1. — Wildvogel Diss. de eo qu. j. e. circa arbores Cap. IV. § 3.

Zu 7) Steht ein Baum gerade auf der Gränzlinie oder dem Raine, welcher zwei Grundstücke scheidet, so ist er beiden Grundeigenthümern gemeinschaftlich, s. Hagemann Landwirthschaftsrecht § 137., Matthaei D. de jure arborum § V., Wildvogel l. c. Cap. III. § 8. Ist aber derselbe nahe an der Gränze, so ist das Eigenthum nicht nach den Wurzeln, wie ehedem behauptet wurde, zu beurtheilen, sondern der Baum gehört Dem, auf dessen Grundstück er aufgewachsen ist, s. Höpfner's Institt. Comm. § 327., Hagemann l. c. § 137., cf. l. 6. § 2. in f. D. 47. 7.

Zu 8) Nach den eben angeführten und nach anderen Autoritäten, z. B. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 908., Preuß. allgem. Landr. Thl. I. tit. 8. § 118. gilt, so wie von den zwischen den Nachbarhäusern befindlichen Reihen, Winkeln, Lücken, s. Boch Unterricht von Baustreitigkeiten S. 27., Koch de jure viciniae S. 469., auch in Ansehung der zwischen nicht abgemarkten Feldern befindlichen Raine die rechtliche Vermuthung für gemeinschaftliches Eigenthum der Angränzer. Dafür spricht die Entstehungsart der Raine, welche zunächst zur Wendung bestimmt sind, zu welchem Ende häufig verordnet ist, daß jeder Ackerbesitzer einen Schuh zum Raine liegen lassen müsse. Ist freilich der Rain über 2 Schuh breit, so wird dieser Entscheidungsgrund bedenklich, s. v. Rohr Haushaltungsr. Buch II. S. 706., Hildebrand D. de legitimo praediorum spatio § 20., P. Müller D. de interstitio praediorum, Oettinger de jure limitum. Cap. 13. § 7. Ein hoher Rain wird dem anhangenden oberen Acker allein von oben bis unten auf die Ebene zugeeignet, Oettinger de jure et controvers. limitum. pag. 335. u. 420.

Zu 9) Bloße Gränzgräben sind als Eigenthum Desjenigen anzusehen, auf dessen Grund und Boden der Aufwurf befindlich ist, weil in der Regel Niemand auf des Andern Eigenthum graben oder den Erdaufwurf darauf legen darf, s. Hommel Rhaps. Obs. 301. Wenn Gräben blos zum Schutz der Zäune, Hecken oder Hagen aufgeworfen sind, so gilt das Sprüchwort: wem der Hagen, dem der Graben, s. Eisenhart deutsch. Recht in Sprüchwörtern S. 125., Hagemann Landwirthschaftsrecht § 168.

Zu 10) Er muß damit 2—3 Fuß zurückrücken, s. Hagemann's Landwirthschaftsrecht § 167.*) Daher kann auch Derjenige, welcher statt der vorigen Hecke eine Planke setzen will, mit dieser wiederum 2—3 Fuß hinausrücken, Gebr. Overbeck Meditat. Bd. IV. no. 227. Breitet die Hecke ihre Zweige weiter über des Nachbars Grund aus, so kann dieser die Beschneidung derselben in so weit rechtlich verlangen, s. Klaproth Entscheidungen verhandelter Rechtsfälle Thl. I. S. 873., Struben rechtl. Bedenken Thl. V. S. 281.**) Daß man mit Setzen der Bäume sich 5 Fuß von der Gränze entfernt halten müsse, wird h. z. T. nur als eine in l. 13. D. 10. 1. aufbehaltene Antiquität betrachtet, s. Kori Erörter. Bd. II. S. 244., Hagemann Landwirthschaftsrecht § 137. 2c.

Zu 11) Nein; denn indem dadurch der Luftzug verhindert wird, wird die Fäulniß schneller herbeigeführt, s. Hagemann l. c. § 137., Fritsch de jure hortorum § 34.

Zu 12) Da das Gartenrecht in der Befugniß besteht, ein Stück Land zu diesem Zwecke zu befrieden, einzuhägen oder zu umzäunen, so versteht sich von selbst, daß ein solches Grundstück nicht der Auszehndung, der Bejagung, der Beweidung oder anderen dergleichen Dienstbarkeiten unterworfen seyn könne, deren Ausübung dadurch vereitelt oder beschränkt würde, s. Hagemann Landwirthschaftsrecht § 135., Meurer Forst- und Jagdrecht Thl. II. S. 46., Eisenhart das Recht in Sprüchwörtern S. 228., Leyser jus Georgic. Lib. III. c. 19. § 15. —

Zu 13) Wenn keine Einschränkung der natürlichen Freiheit bewiesen werden kann, so steht in Ermangelung besonderer particularrechtlicher Bestimmungen auch dem Nachbar kein Einspruch deshalb zu, s. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. no. 24. § 1.

---

*) Gegentheilig erkannte der Schöppenstuhl in Leipzig: daß ein Zaun von der Nachbargränze in gewisser Entfernung stehen müsse, läßt sich im Allgemeinen nicht behaupten; l. 13. D. 10. 1. schreibt nur vor, daß bei Anlegung der Zäune die Gränze nicht überschritten werden soll, s. Emminghaus Pand. S. 441. no. 7., vergl. Eisenhart Opusc. 1761. p. 216.

**) Zur Literatur des Landwirthschaftsrechts überhaupt ist vorzüglich noch zu bemerken: Weiske Handb. des allgem. Landwirthschaftsrechts. Leipzig 1838., v. Rohr vollständiges Haushaltungsr. Leipzig 1734—1738., v. Beneckendorf Oeconomia forensis. Berlin 1775—1785. VIII Theile., Leyser jus Georgicum. Lips. 1741., Klingner Sammlung zum Dorf- und Bauernrecht. IV Theile. Leipzig 1749—1755., Gabken Grundf. des Dorf- und Bauernrechts. Halle 1780., Kretschmer Oeconomia forensis. 3 Theile. Berlin 1833—1835.

Zu 14) So, daß weder das Uebergebäu, noch der Tropfenfall in das Grundstück des Nachbars reicht. So muß auch eine Befriedung, welche, wie z. B. eine Mauer, von der Stärke und Dicke ist, daß sie nicht auf der Gränzlinie stehen kann, auf des Bauherrn eigenen Boden zurückgesetzt werden, s. Hagemann Landwirthschaftsrecht § 166.

Zu 15) Nein; ex natura venditionis non veniunt separata a solo tempore venditionis. arg. l. 80. § 2. D. 18. 1. — Wildvogel Diss. de eo qu. just. est circa arbores Cap. III. §. 3.

Zu 16) Entweder durch natürliche Begränzungen, wie Flüsse, Wege rc., wenn sie in einem regelmäßigen Zusammenhange stehen, — oder durch künstliche Gränzzeichen, wie Hecken, Mauern, Gräben, Planken, Zäune, Kreuzsteine rc., letztere jedoch nur, in so fern sie als Gränzsteine durch ihre Unterlagen von Kohlen, Eierschalen und anderen der Fäulniß sehr widerstehenden Dingen kenntlich gemacht sind, Struben rechtl. Bedenken Thl. V. no. 81., Hagemann Landwirthschaftsr. § 162. Zu den Gränzzeichen gehören auch die Lochbäume, auch Mahl- und Lagerbäume genannt, arbores finales s. terminales, § 6. J. de officio judicis (4. 17.) notatae arbores latis cicatricibus signatae. Sic. Flaccus de conditionibus agrorum pag. 8. Bei stagnirenden Seen und Teichen, deren Umfang durch allmälige Austrocknung und Entwässerung oftmals in Unordnung gerathen ist, muß man zur Wiederherstellung der alten Gränzen auf ehemaligen vollen Wasserstand oder Wasserspiegel, und wie weit sich derselbe erstreckt hat, sehen, welches von Kunstverständigen, mit Rücksicht auf die etwa noch vorhandenen Dämme, durch ein ordentliches Nivellement zuverlässig ausgemittelt werden kann, s. Hagemann l. c. § 164. Bei Flüssen und Bächen ist die Gränze das Product ihres vollen Wasserstandes, s. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle Bd. I. no. 84., Pufendorf animadvers. no. 29. — Ueber die Gränzen, so Land- als Wasser- (Ufer-) Gränzen, ist zu vergleichen Weiske Handb. des allgem. deutschen Landwirtschaftsrechts § 119—136.

Zu 17) Sie ist für den Fall gegeben, wo es an gesetzlich charakterisirten Gränzen — wie öffentliche Wege und Flüsse, l. 5. D. 10. 1. (nicht auch bloße Abzugskanäle oder Privatgewässer, welche zwar möglicher, aber nicht nothwendiger Weise die Gränzen bilden können, l. 6. eod.), oder an legitimen Gränzzeichen fehlt. Diese Klage fundirt sich auf eine durch die Gesetze ausgesprochene Verbindlichkeit, die Ungewißheit des Eigenthums, welche mit einem geordneten Rechtszustande der Staatsbürger unvereinbarlich ist, zu heben. Sie fällt daher eigentlich in das Gebiet des Obligationenrechts; finium regundorum actio in personam

est, licet pro vindicatione rei est. cf. § 20. J. 4. 6. — und bildet in den Rechtsquellen eine der drei Theilungsklagen (judicia divisoria), ob ihr gleich nicht eigentlich eine communio, sondern nur die Negation eines privativen Eigenthums oder Ausschließungsrechts zu Grunde liegt. Sie dient sowohl zur Herbeiführung einer ersten Vermarkung anliegender Grundstücke, als auch zur Erhaltung und Wiederherstellung einer früher bestandenen, aber schadhaft gewordenen oder abhanden gekommenen Vermarkung, s. Wiederhold im Archiv f. civilist. Praxis Bd. XIII. S. 60., Weiske Andeutungen über Gränzberichtigung bei Privatgrundstücken in der skeptisch-praktischen Behandlung einiger civilrechtl. Gegenstände S. 55. In Betreff der l. 13. D. fin. reg. 10. 1. ist zu bemerken: Rosen fragm. Gajani de jure confin. quod exstat in l. ult. D. fin. reg. interpretat. Lemgo 1831.

Folgenden interessanten Fall, wo bei anscheinend gewissen Gränzen der act. fin. reg. Statt gegeben und die Einrede der Verjährung verworfen wurde, erzählt Schmidt in den hinterlassenen Abhandlungen verschiedener praktischer Rechtsmaterien Bd. II. S. 230.:

C. hat einen Gras- und Baumgarten, welcher an des S. Buschholz angränzt. Nun ist zwar noch ein Lagstein und eine Lagbirke vorhanden, welche jenen von diesem ablagert; allein C. und dessen Vorbesitzer hatten dadurch, daß sie den Zaun des Gras- und Baumgartens immer an das Buschholz des S. angebunden, denselben in Zeit von 40 Jahren soweit nach und nach herausgetrieben, daß er nun auf dem weitesten Punkt 9 Ellen über der Laglinie auf dem Grundstück des S. stehet, weshalb dieser verlangt, daß der Zaun nach der Laglinie eingerückt werde. Diesem Begehren wurde auch Statt gegeben und eine confusio finium angenommen, indem nicht mit Gewißheit zu erkennen war, ob der Zaun oder die zwischen der Lagbirke und dem Lagstein befindliche gerade Linie beide Grundstücke von einander absondere, hiernächst in Betracht gezogen, daß die l. 5. C. 3. 39. die Gränzscheidungsklage ohne Unterschied, ob über die Gränze selbst, oder über das Eigenthum des Grundstücks gestritten wird, zuläßt, eine Verjährung aber um so weniger anzunehmen war, als das Hinaustreiben des Zauns nicht auf einmal, sondern seit 40 Jahren nach und nach bewirkt worden ist.

Während Ungewißheit der Gränzen als absolute Voraussetzung der act. fin. reg. gedacht werden muß, können sich doch in praxi die Fälle derselben verschieden gestalten. Entweder

A. beide Theile erkennen das Bedürfniß bestimmter Gränzen an, und werden über den Gränzzug einig: dann bedarf es einer Klage nicht, sondern die Gränznachbarn lassen durch geschworene Märker den

vereinbarten Gränzzug ausführen, l. 11. D. 10. 1., Weiske skeptisch-praktische Behandlung einiger civilrechtlicher Gegenstände S. 57. not. 3. Oder:

B. sie sind über den Gränzzug uneinig, in diesem Fall sind entweder
  a) beide Theile in Ungewißheit über die wahre ursprüngliche Gränze; z. B. Elementarereignisse, Bosheit oder Schuld können jede Spur vertilgt haben, oder
  b) ein Theil weiß und behauptet die richtige Gränze, während der andere widerspricht. Im letztern Fall ist der Asserent entweder im Besitz der Fläche, welche von der von ihm behaupteten Gränze eingeschlossen wird, oder nicht.

Zu a) Daß der sub lit. a. bezeichnete Fall (einer Gränzverwirrung) sich hauptsächlich zur act. fin. reg. qualificirt, ist außer Zweifel. Da hat denn der Richter alle Behelfe zur Ausmittelung der unsichtbar gewordenen Gränze, Beweisgründe und Vermuthungen, Urkunden, Zeugen und Sachverständige zu erforschen, und übt endlich, mit Beiziehung der Letzteren, sein Adjudicationsrecht nach vernünftigem Ermessen; l. 2. § 1. l. 8. D. 10. 1. — § 21. J. 4. 6. — Sternberg im Archiv für civilist. Praxis Bd. XVII. S. 431. Dieses Adjudicationsrecht hat einen außergewöhnlichen, aber durch die Natur der Sache gebotenen Umfang. Es kann z. B. der Fall seyn, daß das Terrain in dem eigentlichen confinium keinen klaren festen Gränzzug gestattet. Nachdem aber einmal die Gesetze eine völlige Bestimmtheit des Eigenthums zur unerläßlichen Aufgabe gemacht haben, mußten sie den Richter auch ermächtigen, dies, so weit es immer möglich ist, zu bewerkstelligen, wenn auch die Möglichkeit nur durch Zulegen und Wegnehmen vom unstreitigen Eigenthum bedingt ist; l. 2. § 1. l. 3. D. 10. 1. Judici fin. reg. permittitur, ut — si forte amovendae veteris obscuritatis gratia per aliam regionem fines dirigere judex velit, potest hoc facere per judicationem et condemnationem. (Zusprechung an Einen gegen Entschädigung des Andern.)

Zu b) Den zweiten Fall (einer Gränzirrung) wollen Mehrere von der act. fin. reg. ausschließen; Leyser Sp. 454. Med. 11—14., Hellfeld jurispr. for. § 719., s. dagegen Schmidt Lehrb. von Klagen und Einreden ed. Weber § 1143. Allgem. juristische Zeitung v. J. 1828. no. 30., Sternberg im civilist. Archiv Bd. XVII. S. 426. — In diesem Fall tritt der frühere durch l. 5. C. 3. 39. beseitigte Unterschied zwischen einer controversia de fine (ursprünglich in Betreff des auf 5 Fuß Breite vorgeschriebenen Gränzraums zwischen den Grundstücken; l. 31. C. Th. fin. reg., Glück P. C. Bd. X.

S. 437.) und der controversia de loco hervor, und die Sache gestaltet sich mehr zu einem Eigenthumsstreit, oder wie l. 3. C. 3. 39. sagt, zu einer querimonia, quae proprietatis controversiae cohaeret. Wohl mag mancher Kläger sich in einem solchen Fall, besonders wenn böswillig oder schuldhaft die Gränzzeichen unsichtbar geworden sind, bewogen finden, den Vindicationsproceß einzuschlagen, und lieber das Bestimmte rechtlich zu fordern, als ein judicium arbitrarium anzugehen. Auch wird die heutige Proceßart*) sehr zur Wahl des Ersteren beitragen. Allein sehr oft kann ihm diese Wahl wegen der mit dem Beweis des Eigenthums verbundenen Schwierigkeiten nachtheilig werden, und die act. fin. reg. vortheilhafter seyn, bei welcher weniger auf stricten Beweis, als vielmehr auf Glaubwürdigkeit gesehen wird, daher Manche schon einen halben Beweis für hinreichend erachten, s. Weiske l. c. S. 65. Der Kläger kann auch hier durch Urkunden, Lagerbücher, Steuerkataster, s. l. 11. D. 10. 1., dem Richter die nöthige Ueberzeugung verschaffen, und bringt er Zeugen bei — vor welchen jedoch in der Regel urkundlicher Beweis vorgezogen wird, l. 10. D. 22. 3., so sind hier auch testes de auditu, und selbst de fama nicht ausgeschlossen; l. 2. § 8. D. 39. 3., Weiske l. c. Auch tritt in diesem Fall die richterliche Adjudication nicht, wie in dem Fall sub lit. a. arbitrario modo ein. Nur ubi non possit dirimere *fines*, *adjudicatione controversiam* dirimat judex. Erst dann also tritt die Adjudication ein, wenn die ursprüngliche Gränze durchaus nicht zu ermitteln steht. Diese auszumitteln ist der Richter zunächst und nachdrücklichst angewiesen; l. 5. l. 11. D. 10. 1. Ist demnach vom Kläger eine bestimmte — wenn gleich verdunkelte — Gränze behauptet und bewiesen, oder durch Acquisitiv-Verjährung erworben, so ist der Richter auch verbunden, diesem gemäß die Gränze zu setzen; denn die l. 4. pr. D. eod. weist ihn ja ausdrücklich an, nach den Eigenthumsverhältnissen zu for-

*) Sehr richtig bemerkt Sternberg in Linde's Zeitschr. Bd. XVII. S. 439.: „die Begriffsverwirrung heutiger Zeit über die Natur der act. fin. reg. scheint großentheils darin ihren Grund zu haben, daß die heutige Praxis die Verhandlungsmaxime zu sehr auf die Spitze treibt, die act. fin. reg. aber ihrer Natur nach sich darein nicht schmiegen kann.“ Insbesondere widerstrebt ihr die absolute Theilung des Processes in zwei Stadien, der Verhandlung und des Beweises. Im Archiv d. Civil- und Criminalrechts f. d. k. preuß. Rheinprovinzen Bd. XVII. S. 191. wird angenommen: wenn die act. fin. reg. zu dem Zweck angestellt wird, daß dem Kläger das Eigenthum eines bestimmten Theils des sich im ruhigen Besitz des Beklagten befindenden Grundstücks zuerkannt werde, so ist die Klage in rechtlicher Beziehung wie eine petitorische (rei vindicatio) zu behandeln.

schen; Sternberg l. c. S. 438. und nach l. 4. C. 3. 39. a. E. soll derjenige, welcher in die fremden Ländereien eingedrungen ist, wenn er in dem Proceß besiegt sein wird, in Strafe verfallen.

Indem die letztere Stelle in den Worten: id quod male petebat ein bestimmtes Object des Anspruchs voraussetzt, dient sie auch zur Bestätigung darüber, daß die Behauptung und rechtliche Verfolgung einer bestimmten — wenn gleich verdunkelten — Gränze nicht von der act. fin. reg. ausgeschlossen werden könne, was jedoch schon daraus nothwendig folgt, daß dem Richter im judicio fin. reg. die Ermittelung der zuvor bestandenen Gränze zur primären Aufgabe gemacht ist, und was der Richter zu finden hat, doch wohl vom Kläger gesucht worden seyn muß. —

Daß übrigens in diesem Verfahren jeder Theil eben sowohl als Kläger, wie als Beklagter zu betrachten und jedem der Beweis aufliegend ist, folgt aus der Natur der Sache, l. 10. 11. D. 10. 1. — l. 37. § 1. D. 44. 7. judicium finium regundorum tale est, ut in eo utraque persona vices duorum habeat, videlicet actoris et rei. c. 3. X. de prob. Wäre — etwa nach unserer Proceßpraxis — eine Ausscheidung der Partheirollen nöthig, was wohl zu bezweifeln seyn möchte, so müßte nach Glück P. C. Bd. X. § 716. S. 426. derjenige, welcher zuerst den Richter angegangen hat, als Kläger angesehen werden, l. 13. D. de judic. (5. 1.), oder wenn sie gleichzeitig auftraten, das Loos unter ihnen entscheiden; l. 14. D. eod.

Handelt es sich zunächst um den Besitz, so macht die provisionale Ermittelung des Besitzes nach l. 3. C. 3. 39. auch einen Theil des judicii fin. reg. aus, wie auch aus l. 4. § 2. eod. in so fern abzunehmen ist, als nach der Litiscontestation auch die Früchte ein Gegenstand dieses Verfahrens sind, worüber, wenn der Besitzstand nicht klar war, nicht hätte gesprochen werden können. Die l. 3. C. 3. 39. bestimmt: prius possessionis quaestio finiatur et tunc agrimensor ire praecipiatur ad loca, ut patefacta varietate hujusmodi litigium terminetur. Es kann also, ungeachtet des entschiedenen possess. summariissimi nachher im judicio fin. reg. der eine oder andere Theil eine befriedigende Entscheidung erlangen, s. Sternberg l. c.

Zu 18) Hat der Gegner eine bestimmte Gränze im Besitz, so verjährt die Klage in 30 Jahren gleich den Theilungsklagen nach l. 1. § 1. C. 7. 40. und es kann durch 30jährige Adquisitiv=Verjährung ein neues confinium entstehen. Außerdem ist sie unverjährbar; l. 6. C. 3. 39. — l. 2. § 6. D. 41. 4. — Schweppe Röm. Privatr. § 600., Glück P. C. Bd. X. S. 451. § 719.

Zu 19) Nach canonischem Recht auch dann, wenn die geographisch abgesteckten Gränzen gewisser Gerechtigkeiten in Verwirrung gerathen sind; s. cap. 3. u. 12. X. de prob. (2. 19.), wo es sich um die zweifelhaften Gränzen einer Diöcese handelte. Derselbe Fall tritt bei streitigen Gerichtsbarkeits-, Jagdbezirken und dergl. ein. Auch auf die Gränzberichtigung der servitutes rusticae findet diese actio utilis Platz. Ueber eine weitere Ausdehnung sind die Meinungen verschieden; Buddeus im Rechtslex. Bd. IV. S. 898. verwirft sie, Andere lassen sie gelten, z. B. bei Streitigkeiten zwischen Handwerkszünften über den Umfang ihrer Gewerbsbefugnisse (s. hierüber außer den früheren Werken, als Lamprecht Kameralverf. d. Handwerker in den preußischen Staaten S. 204—636., Ortloff's und Weißer's Recht der Handwerker, die neueste Schrift: von Schlichthörle Beitr. zur Lehre von den Befugnissen der Gewerbsinhaber, Erlangen 1843., auch Roth Materialien f. d. Handwerksrecht 1. H. S. 31—39. und 47—51.) als anwendbar erachtet, s. Glück P. C. Bd. X. S. 466., Schmidt Commentar Bd. IV. § 1189.*)

Zu 20) Die entscheidende Gesetzesstelle lautet: Hoc judicium in confinio praediorum urbanorum displicuit: neque enim confines hi, sed magis vicini dicuntur, et communibus parietibus disterminantur, l. 4. § 8. u. 10. D. 10. 1. cf. Cicero Topic. Cap. 10., Puchta in der Zeitschr. f. Recht u. Gesetzgebung in Kurhessen Heft 2. Stück 1.

Zu 21) Von Zeit der Litiscontestation an müssen dem Sieger alle Früchte restituirt werden, ohne Unterschied zwischen bon. vel mal. f. possessor. In Ansehung der vor der Litiscontestation percipirten Früchte ist zu unterscheiden zwischen extantes und consumti. Erstere müssen immer, letztere nur im Fall eines unredlichen Besitzes restituirt werden, l. 22. C. de R. V. (3. 32.) l. 4. § 2. D. 10. 1. — l. 56. D. fam. erc. (10. 2.)

Damit steht die Verbindlichkeit zur Rechnungsablage von selbst in Verbindung, auch muß der unterliegende unredliche Besitzer alles Interesse, sowohl positiven Verlust als entzogenen Gewinn vergüten, s. Glück l. c. Bd. X. S. 465.

Zu 22) Diese Frage möchte in der Regel mit Sic. Flaccus de condit. agror. pag. 6. dahin zu beantworten seyn: — hae, quae

*) Die Gränzberichtigungsklage des R. R. steht ohne Zweifel auch dem Nießbraucher, und denen, welche Pfandrechtsweise besitzen, zu. l. 4. § 9. D. 10. 1.

mann fiunt, praecipue fidem habere debent, quoniam intelliguntur ex industria convenientiaque possessorum fieri, vgl. Weiske Landwirthsch. Recht § 121. a. E. über den Beweis der Gränzen: ob Natur oder artificielle Gränzen den Vorzug verdienen.

---

§. 4. a) Forst- und Jagdrecht, Vogelfang.

Das Forstwesen ist in dreierlei rechtlichen Beziehungen in das Auge zu fassen:

1) in Ansehung der Forsthoheit oder Forstpolizei; (denn von einem Forstregal — wie Viele unter Vermischung des Begriffs von Regal und forstlicher Obrigkeit*) sich ausdrücken, s. Danz zu Runde Bd. II. § 140. — kann im Allgemeinen die Rede nicht seyn; s. Mittermaier deutsch. Privatrecht § 263.)
2) In Ansehung der aus dem Eigenthum an Wäldern fließenden Befugnisse, — welche eben alle Benützungsarten des Bodens und der Bäume in sich fassen, namentlich also auch das Recht des Verkohlens, der Bereitung von Potasche, Theer 2c., s. Moser's und Gatterer's neues Forstarchiv Bd. I. § 43.
3) In Ansehung der s. g. Forstrechte oder Waldservituten, unter welchem Titel auch alle Arten der Waldnutzungen zum Vorschein kommen, s. Eichhorn deutsch. Privatr. § 282., Hagemann Landwirthschaftsr. § 188—192.

In wie weit zu 2. und 3. Beschränkungen der Dispositionsfreiheit und der Art der Ausübung der Servituten aus dem Grund der Forsthoheit oder des besonderen Schutzes der Wälder, welchen der Staat unter dem Titel der Forstpolizei sogar gegen die Waldeigenthümer selbst hier und dort ausübt, stattfinden, darüber kann im Allgemeinen nichts festgestellt werden, da in allen Ländern besondere Forstordnungen ihre eigenthümlichen Bestimmungen enthalten. Wir können daher nur die, bezüglich einzelner Privatrechte unter sich vorkommenden Collisionsfälle in Betracht ziehen.

1) Kann der Jagdberechtigte den Waldeigenthümer an der gänzlichen Ausrodung seines Waldes rechtlich verhindern?

---

*) In Frankreich drückte man dies also aus: „die Waldungen sind unter den Schutz der Nation gestellt."



2) Kann die Ausrodung eines lehenbaren Holzes dem Lehenmann vom Lehenherrn prohibirt werden?
3) Kann der Waldeigenthümer in Anlegung von jungen Schlägen, Besaamungen, Anpflanzungen und Schonungen durch die Weideberechtigten beschränkt werden?
4) Wenn der Holzungsberechtigte eine bestimmte Quantität Holz jährlich zu beziehen hat, muß dann im Fall der unzulänglichen Ertragsfähigkeit des Waldes der Eigenthümer desselben mit seinem eigenen Holzbedarf zurückstehen?
5) Hat ein unbestimmtes Beholzungsrecht nicht auch seine Gränzen, und welche? insbesondere auch dem Eigenthümer gegenüber, im Fall der Waldertrag nicht für beide ausreicht?
6) Wenn die Waldweide in Beziehung auf Anzahl und Arten des treibbaren Viehes unbestimmt ist, können dann doch gewisse Vieharten gleichwohl von der Waldhut ausgeschlossen werden?
7) Wenn ein Gut den Bauholzbezug in unbestimmter Größe hergebracht hat, kommt demselben dann der wirkliche Bedarf uneingeschränkt zu?
8) Wenn durch Feuersbrunst die Gebäude des Waldeigenthümers und der Holzungsberechtigten zugleich verheert worden sind, und der Wald nicht die für Beide zugleich hinreichende Quantität Holz zu liefern vermag, wer ist dann vorzugsweise zu befriedigen, der Eigenthümer oder der Servitutberechtigte?
9) Trifft die durch Raupenfraß, Brand, Windbrüche ꝛc. nothwendig gewordene Reduction oder völlige Einstellung des Holzbezugs zunächst denjenigen, welcher das jus lignandi hat, oder zugleich auch den Waldeigenthümer?
10) Wenn einem Gut das Beholzungsrecht ohne nähere Bestimmung beschrieben ist, ist darunter blos Brennholz oder auch das Bauholz zu verstehen?
10a) Ist bei einem vieljährigen Holzbezug gegen einen gewissen Forstzins auf eine Servitut zu schließen, oder eine willkührliche Preisbestimmung anzunehmen?
11) Gehört dem Waldeigenthümer das Eckerich, d. i. die Lese der Eicheln, Buchnüsse und anderer ohne Pflanzung wachsenden Früchte ohne Einschränkung?
12) Wenn Jemand in einem fremden Wald das Recht der

Eichellese oder der Mastung als Servitut erworben hat, und dasselbe seinem Umfang nach unbestimmt geblieben ist, wonach ist dieser dann zu bestimmen, wenn zwischen ihm und dem Eigenthümer Streit über die Quantität des Bezugs entsteht?

13) Ist in der Waldweide auch das Mastungsrecht begriffen, oder in dem Recht der Mastung auch die Eichellese?
14) Wie ist bei unbestimmtem Mastungsrecht die Zahl der einzutreibenden Schweine zu bestimmen?
15) Was wird zur hohen, und was zur niedern Jagd gerechnet?
16) Kann derjenige, dem die Jagdgerechtigkeit simpliciter verliehen ist, sowohl die hohe als niedere Jagd ansprechen?
17) Welchen gesetzlichen Beschränkungen ist die Ausübung der Jagdgerechtigkeit unterworfen?
18) Ist in der Concession der hohen Jagd die niedere von selbst begriffen zu erachten?
19) Ist bei einer verliehenen Jagdgerechtigkeit für eine Erb- oder Gnadenjagd zu vermuthen?
20) Kann der Inhaber einer Gnadenjagd beliebig sie an Andere cediren und überlassen?
21) Wenn Waldungen zu Lehen gegeben sind, ist das Jagdrecht darin als mit verliehen zu betrachten?
22) Ob und unter welchen Einschränkungen man das im eigenen Jagdbezirk angeschossene Wild in fremdem Jagdbezirk verfolgen dürfe?
23) Darf man das in eigene Höfe, Gärten oder sonst geschlossene Plätze eingedrungene Wild erschießen?
23[a]) Ist ein bloßer Pächter der Jagd befugt, fremde Hunde im gepachteten Jagddistrict todt zu schießen?
24) Kann jeder in seinem Jagdrevier nach Belieben Treibjagden anordnen?
25) Kann bei gemeinschaftlichen und Koppeljagden ein Theilhaber seinen Antheil willkührlich an Bürger und Bauern verpachten?
26) Darf bei einer gemeinschaftlichen Jagd jeder Theilhaber für seinen Antheil so viel Jäger halten als er will?
27) Steht dem Jagdherrn ein jus prohibendi zu, wenn die Unterthanen spitzige Zäune anlegen, welche dem Wild beim Uebersetzen Schaden zufügen können?

28) Ist der Jagdberechtigte auch befugt, Salzlecken und Suhlen im Wald anzulegen?

29) Ist der Jagdbesitzer schlechthin allen durch das Wild, welches er in seinem Bezirke hegt, den Grundbesitzern zugefügten Schaden zu ersetzen schuldig?

30) Ist im Allgemeinen dem Landesherrn die Vorjagd zuzuschreiben?

31) In welcher Zeit kann die Jagdgerechtigkeit durch Verjährung erworben werden? Geht sie durch bloßen Nichtgebrauch in 10—20 Jahren verloren?

32) Worin besteht das Zweigrecht des Jagdinhabers?

33) Begreift das jus aucupii auch das Recht, Vögel zu schießen, in sich?

34) In wie fern kann den Mitgliedern einer Gemeinde als solchen ein Forstrecht durch Ersitzung erworben werden?

35) Wann gehen Forstrechte durch erlöschende Verjährung verloren?

Zu 1) Die Meinungen hierüber sind verschieden. Wo nicht in Landesordnungen — wie sehr häufig der Fall ist, s. Pietsch Forst- u. Jagdrecht § 47. und die in nota c. allegirten Polizei- und Forstordnungen — specielle Bestimmungen getroffen sind, wo man also auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgehen muß, scheint die Frage bejaht werden zu müssen, wenn man annimmt, daß durch die Ausrodung des Walds die Jagd vernichtet würde; — denn daß der Waldeigenthümer von dem Jagdberechtigten an solchen Handlungen rechtlich verhindert werden könne, durch welche ihm die Ausübung der Jagd unmöglich gemacht würde, s. Schilling Jagdrecht S. 118., mag wohl eben so wenig bezweifelt werden, als daß der Eigenthümer eines mit dem Weiderecht belasteten Grundstücks dasselbe nicht zu Ackerland cultiviren könne, ohne den Weideberechtigten zu entschädigen. Deshalb wird von Mehreren dem Waldeigenthümer eine solche Befugniß, formam soli ganz zu verändern, durchaus abgesprochen, s. Gaill Obs. Lib. II. Obs. 67. no. 10., Noë Meurer Forst- und Jagdrecht Th. II. S. 24. rc. u. a. m. Andere unterscheiden, ob die Jagdgerechtigkeit durch Verträge oder Verjährung erworben worden ist, und pflichten nur im ersteren Fall der vorstehenden Meinung bei, im zweiten Fall aber müsse die blos durch Duldung erwachsene Servitut einschränkend erklärt, und dürfe nicht so

weit ausgedehnt werden, daß der Eigenthümer an der selbstbeliebigen Benützung seines Eigenthums verhindert würde, s. Schweser theatr. servit. tit. 11. § 7. Wieder Andere läugnen überhaupt die oben unterstellte Voraussetzung, und mit ihr die daraus gezogene Folge; sie sagen, — und dies wohl mit besserem Grunde — die Jagd bleibe ja dem Jagdherrn dessen ungeachtet frei, und dies sey blos zufällig, ob der Besitzer den Grund und Boden, auf welchem Jener die Jagd hergebracht, auf diese oder jene Art benutze, und in dieser dem Eigenthumsrecht allezeit anklebenden Freiheit könne kein Eigenthümer beschränkt werden, so lange nicht ein entgegenstehendes Recht als wirklich erworben erwiesen wird, s. Pietsch l. c. § 47. u. 48., Hagemann Landwirthsch. Recht § 189. Geringere Beschränkungen des Eigenthümers pflegt man dahin zu statuiren, daß er nicht zur Brunst- und Satzzeit auf der Wildbahn Holz fällen und gewisse Gegenden des Waldes nicht allzu licht aushauen dürfe; Danz zu Runde Bd. II. S. 23.

Zu 2) Ja; denn da das Nutzungseigenthum des Lehenmanns, unbeschadet der Substanz, nach forsthaushälterischen Grundsätzen zu verstehen ist, so darf der Lehenmann den Wald nicht eigenmächtig ausroden; Schröter jurist. Abhandl. Bd. II. S. 245., Hagemann l. c. und Pietsch l. c.

Zu 3) In der Regel wohl nicht; doch muß der Waldeigenthümer seine Culturen so einrichten, daß die Holzcultur und die Befriedigung der Berechtigten möglichst neben einander bestehen können. Er darf daher nicht auf einmal soviel in Cultur legen, daß dem Vieh der Weideberechtigten unter Berücksichtigung ihrer übrigen Weidedistricte gleichwohl nicht die erforderliche Nahrung mehr übrig bliebe; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. no. 24., Cramer Wetzlarische Nebenstunden Th. XXXIV. S 144., Danz zu Runde Bd. II. S. 22., Moser Forstarchiv Bd. IX. S. 128. 144. Die Entscheidung zwischen dem Waldeigenthümer und den Weideberechtigten richtet sich nach dem Gutachten unpartheiischer Forst- und Landwirthschaftsverständiger, in Beziehung auf deren eigenthümlichen Güterstand; Hagemann im Landwirthschaftsr. § 190. hält für das billigste Princip, daß der Forstherr bei Forstgründen, auf welchen sich zur Zeit gar kein Holzbestand befindet, $\frac{1}{12}$, bei solchen aber, welche einen Holzbestand haben, wenn dieser aus Stammholz besteht, $\frac{1}{10}$, wenn derselbe aber aus Schlagholz besteht, das aus den Wurzeln der Stämme wieder nachgezogen wird, $\frac{1}{8}$ in Zuschlag legen darf.

Die Weideberechtigten müssen aber ihren Widerspruch in dem Fall, wenn sie sich durch die Cultur verletzt erachten, einlegen, ehe noch der

Schlag angelegt ist; denn nach vollendeter Anlage dürfen sie nicht mehr hinein hüten, sondern der Waldeigenthümer muß in seinem Besitz geschützt werden, und die Weideberechtigten müßten wegen ihrer Schadensansprüche auf den petitorischen Weg verwiesen werden; Hagemann Landwirthschaftsr. § 190.

Zu 4) Allerdings, aber auch der Holzungsberechtigte muß sich dann eine Minderung seines Bezugs gefallen lassen, wenn der Wald auch nicht das ihm gebührende volle Quantum, ohne augenfälligen wirthschaftlichen Nachtheil mehr ertragen kann, Pietsch l. c. § 50., Fischer Lehrbegriff sämmtl. Cameral- u. Polizeirechte § 1275. — unbeschadet des Entschädigungsanspruchs des Holzungsberechtigten gegen den Waldeigenthümer, wenn dieser durch übermäßigen Holzverkauf oder gänzlich vernachlässigte Holzcultur die Ertragsunfähigkeit herbeigeführt hat; Moser Forstarchiv Bd. IX. S. 135., Hagemann l. c. § 153., Danz zu Runde Th. II. § 145.

Zu 5) Die Gränze der Ertragsfähigkeit des Waldes nach forstöconomischen Grundsätzen bildet auch hier nach dem Grundsatz: servitutibus civiliter utendum est et salva substantia, eine rechtliche Schranke, doch kann hier das eigene Bedürfniß des Waldherrn nicht ausgeschlossen werden, sondern er und der Holzungsberechtigte müssen sich, jeder nach dem Maß seines Oeconomiebedarfs, welcher überhaupt das Maß für jede (keineswegs auf Holzverkaufs-Befugniß auszudehnende) unbestimmte Holzberechtigung abgibt, in gleichem Verhältniß die Minderung gefallen lassen, s. Danz zu Runde Bd. II. § 145.

Zu 6) Pferde, Schaafe und Ziegen sind, weil sie an den Bäumen nagen, mithin die Holzzucht dabei nicht bestehen könnte, als ausgeschlossen zu betrachten, s. Stryck Us. mod. Pand. Lib. 8. tit. 3. th. 13. Allgemeine deutsche Encyclopädie voce Hutgerechtigkeit, Münter das Weiderecht § 92. ꝛc., Hagemann l. c. § 296.

Zu 7) Die berechtigte Holzabgabe bleibt beschränkt auf die zur Zeit der Verleihung bereits vorhanden gewesenen Wohn- und Wirthschaftsgebäude, s. Hartig Forst- und Jagd-Staatsrecht § 61.

Zu 8) Die Gebäude des Waldeigenthümers gehen vor, s. Hartig l. c. § 62. Die Selbstbenützung des Eigenthümers kann nie durch die Servitut ausgeschlossen werden.

Zu 9) Sowohl der Eigenthümer als die Holzberechtigten dürfen dann nicht eher einen Nutzen aus dem Walde ziehen, als bis die Abgabe des Holzes möglich und räthlich ist; Hartig l. c. § 63.

Zu 10) Für die Meinung, daß nur der alljährliche Brennholzbedarf verstanden sey, streitet wohl die Auslegungsregel: in dubio, quod

minimum, sequi oportet, dagegen dafür, daß der Holzbedarf überhaupt verstanden seyn müsse, der generische Ausdruck entscheidet, welcher nicht gestattet, eine darin begriffene species auszuschließen. Auf letztere Weise entscheidet das allgem. preuß. Landr. Th. I. Tit. 22. § 201. Die erstere Meinung behauptet Hartig l. c. § 64.

Zu 10[a]) Forstzins bedeutet, wie Erbzins, Grundzins, eine stehende Abgabe, nicht einen veränderlichen Kaufpreis, und daher begründet sich besonders in Verbindung mit andern Vermuthungsgründen die Präsumtion eines Holzungsrechts für einen bestimmten Preis, welcher auch, wenn er im Zeitlauf eine Erhöhung erfahren haben sollte, doch den Waldeigenthümer nicht weiter, als der andere Theil zustimmt, zu Erhöhungen berechtigt; v. Ende vermischte juristische Abhandl. Th. I. S. 145.

Zu 11) Einige rechnen diese Forstgenüsse zur Forsthoheit, Andere legen sie dem Jagdherrn bei, indem das Wild sonst keine genugsame Nahrung hätte. Die erste Meinung hat gar keinen Grund für sich, wo nicht Particulargesetze und Herkommen es mit sich bringen, wie Kapf D. de eo quod justum est circa glandes § 20. u. 21. bemerkt. Der andern Meinung kann man allenfalls nur in so fern beistimmen, daß der Jagdberechtigte verlangen kann, daß dem Wild die Nahrung nicht völlig entzogen werden dürfe, worüber Sachverständigen die erforderliche Bestimmung anheim zu stellen ist, wenn man nicht mit Hartig im Forst- u. Jagd-Staatsrecht § 160 u. 164. annehmen will, daß der Waldeigenthümer blos die Sprengmast dem Wild zu überlassen habe; Hagemann l. c. § 192. Wenn nämlich im ganzen Forst nur einzelne wenige Bäume mit einigen Früchten versehen sind, so nennt man dies Spreng-, Fasel- oder Laufmast; immer aber ist die Eichellese und Mastung als Waldnutzung dem Waldeigenthümer hauptsächlich zuzugestehen; Danz zu Runde Bd. II. § 146. Dem Eigenthümer der Bäume gehören auch die Früchte, s. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 899., Gaill Obs. lib. II. obs. 68.

Andere verwerfen daher auch diese Einschränkung des Waldeigenthümers in seiner Waldnutzung als ungegründet, da das Wild ja auch in den unfruchtbarsten Gehölzen lebt; Hagemann Landwirthsch. Recht § 191., Pietsch Forst- und Jagdrecht § 57., Leyser Sp. 441. M. 12., Püttmann Elem. jur. feud. § 85., Mevii Dec. P. III. Dec. 36. no. 3.

Zu 12) Der Servitutberechtigte darf nicht mehr Schweine aus dem Walde mästen, als er zu seinem Hausbrauch bedarf; Danz zu Runde Bd. II. S. 29., Cramer Wetzlarische Nebenstunden Th. LXXI. no. 7. S. 108., Moser Forstarchiv Bd. IX. S. 73. —

Zu 13) Unter dem Weiderecht ist das Mastungsrecht an sich nicht, auch ist in dem Recht der Mastung nicht das Recht der Eichellese begriffen, wohl aber steht dem, der das Recht der Eichellese hat, auch das Recht der Mastung zu; Kapf l. c. § 37., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 899., Danz zu Runde Bd. II. § 146. S. 30. not. g.

Zu 14) Diese richtet sich nach dem Verhältniß der vorhandenen Mast. Durch Sachverständige muß ausgemittelt werden, wie viel Mastschweine bei voller Mast einzutreiben sind, und hiernach bestimmt sich weiter, wie viel bei einer ¾, ½ oder ¼ Mast einzutreiben sind. Volle Mast nimmt man an, wenn die Eicheln, sonderlich auf den Sommereichen, recht reif, voll und überflüssig sind. Ist blos die Buchmast gerathen, oder wenn zwar die meisten Eichen Mast haben, aber nicht recht voll sitzen, so wird der Vorrath die ½ Mast genannt. Sitzen die Eichen nur an einigen Orten in den Revieren voll, so heißt es ¼ und wenn nur die Wipfel mit Früchten besetzt sind, ¼ Mast; Hagemann l. c. S. 344. in nota.

Ist nur Sprengmast vorhanden, so schläft das Recht; Hartig § 161. u. 239. Das Princip der stricten Auslegung äußert sich dabei in der Art, daß man nicht vermuthet, daß der Waldeigenthümer an seinem eigenen Bedarf durch Einräumung der Servitut sich verkürzen, sondern eben nur bei reichlichem Ertrag der Eichen die Schweine Anderer eintreiben lassen wollte. Daraus wird gefolgert: wenn der Waldeigenthümer ausdrücklich die volle Mast verliehen hat, so kann der Servitutberechtigte bei halber oder noch geringerer Mast nichts verlangen; aber auch dann, wenn der Waldeigenthümer einem Andern das Mastrecht ertheilt hat, ohne eine gewisse Art der Mast auszudrücken, so ist nur die volle Mast zu verstehen, nicht auch die Nachmast (d. i. was die eingefehmten Schweine übrig gelassen haben) und noch weniger die Sprengmast, wenn nämlich nicht so viel Mast vorhanden ist, daß Schweine gefeistet werden können, s. Struben rechtl. Bedenken Th. I. no. 25.; Schröter jurist. Abhandl. Th. I. S. 423., Heuser D. de eo qu. just. est circa jus glandis legendae. Jenae 1742. § 37., Muncker D. de fructibus in alienum praedium propendentibus Cap. II. § 17., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 43. tit. 28. § 6.

Immer dürfen nur große fehmfähige Mastschweine und keine Zuchtschweine vom Mastberechtigten getrieben werden; Hagemann l. c. § 193. —

Zu 15) Dies ist fast überall verschieden durch Landesgesetze und Herkommen bestimmt, s. Hartig Forst- u. Jagd-Staatsrecht § 211 — 213.; insgemein aber gehören zur hohen Jagd: Bären, Hirsche, wilde Schweine, Luchse, Auerochsen, Elendthiere, Trappen, Gemsen, Stein-

böcke, Fasanen, Schwäne, Auerhähne und Auerhennen, zur niedern Jagd aber: Rehe, Füchse, Hasen und Dachse, wilde Gänse, Enten, Rebhühner, Taucher, Reiher und kleinere Vögel; Runde d. Privatr. § 154., Krünitz öconomische Encyclopädie Th. XXVIII. S. 46., Preuß. allgem. Landr. Th. II. Tit. 16. § 37. ꝛc., Cod. Max. Bav. civ. Th. II. Cap. III. § 3. no. 3.

In manchen Ländern, z. B. in Sachsen, hat man auch eine Mitteljagd, welche gemischt ist aus Thieren, welche anderwärts entweder zur hohen oder niedern Jagd gehören, s. Hartig § 212. Ob Biber, Fischottern und andere Amphibien überhaupt zur Jagd oder zur Fischerei zu zählen sind, ist streitig. Die Fischottern werden aus sehr gültigen Gründen zur Fischerei gerechnet von Runde in den Beitr. zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände Bd. II. S. 451., Noë Meurer Unterricht v. Wäldern p. IV., Stißer Forst- und Jagdhistorie S. 235. Gefährliche Raubthiere, wie Wölfe, Luchse, wilde Katzen und dergl. darf in der Regel jeder schießen; Preuß. Landr. Th. II. Tit. 16. § 34. —

Zu 16) In der Regel nur eine niedere, wenn nicht die Urkunden über das 16te Jahrhundert zurückgehen, wo diese Distinction noch nicht bekannt gewesen ist, indem in den frühern Zeiten die Jagd kein Regal, sondern mit dem echten Eigenthum verbunden war; Kreitmair Anmerk. zum Cod. Max. Bav. Civ. Th. II. Kap. III. § 3. no. 3., Pietsch l. c. § 90., Stieglitz geschichtliche Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd in Deutschland § 28. u. 37., Hagemann Landwirthschaftsr. § 200. S. 361. Das pr. allg. Landr. Th. II. Tit. 16. § 40. u. 43. macht auch eine Ausnahme in dem Fall, wenn Jemand mit allen Jagden oder auch nur mit Jagden (in der Mehrzahl) beliehen worden. Auch da wäre aber nach Hagemann . c. auf die Zeit der Verleihung zu sehen, für welche das 16te Jahrhundert die Gränze bildet, nach welcher sich die Auslegung zu richten hat.

Zu 17)

a) Die Beobachtung der Setz-, Schon- und Hegezeit nach den besondern Bestimmungen und verschiedenen Landes- und Provincialgesetzen.

b) Auch ein Jagdberechtigter darf kein Selbstgeschoß legen, Preuß. Landr. Th. II. Tit. 16. § 58. Fuchseisen oder Schlingen aber nur an abgelegenen Orten, ebend. § 59.

c) Ohne besondere Erlaubniß des Staats darf Niemand verzäunte Gehege zur Hemmung des Wildwechsels anlegen; ebend. § 60.

d) Auf fremden Jagdrevieren keine Hunde laufen lassen, ohne Knüppel, die sie an Verfolgung des Wilds hindern. Außerdem darf sie

der Jagdberechtigte, sowie auch Katzen, die auf Jagdrevieren herumlaufen, tödten und der Eigenthümer muß das Schußgeld bezahlen; ebend. § 65.

Zu 18) Es bleibt in der Regel bei der ausgedrückten species, Ickstadt Jagdr. P. II. C. 5. § 28., Hartig l. c. § 219. Die Regel: cui plus licet, et minus licere debet, findet hier keine Anwendung, weil eine Jagdart nicht die andere in sich schließt; Pietsch Forst- und Jagdrecht § 91., Fischer Cameralrechte § 1317.

Zu 19) Wenn sie nicht tit. oneroso erworben ist, so wird sie als widerrufliche Gnadenjagd selbst dann betrachtet, wenn dafür jährliche Recompens entrichtet wird; Kreitmair l. c. Thl. II. Kap. III. § 1. no. 4.

Zu 20) Diese Frage wird von den Meisten verneint; Harprecht de venatione precaria. no. 397., Leyser Jus Georg. L. III. C. 12. no. 58., Hartig l. c. § 219. S. 344. Doch bejaht sie Hagemann l. c. § 202., wenn der Concessionirte sie nicht blos zu seinem persönlichen Vergnügen erhalten hat. — Immer bleibt dem Concedenten die Mitjagd.

Zu 21) Nein, s. Struve jus feudale Cap. 6. § 11. in not. Ist jedoch ein Gut cum omnibus pertinentibus verkauft oder verliehen, und reicht die Urkunde bis in die älteren Zeiten, z. B. des 14. Jahrhunderts zurück, so unterliegt die Annahme, daß auch das Jagdrecht im Bezirke des Guts mit übertragen worden sey, keinem Bedenken; denn es ist durch die Rechtsforschungen der neueren Germanisten Eichhorn, Mittermaier, Maurenbrecher, Philipps, und am vollständigsten durch das ausgezeichnete Werk von Stieglitz: geschichtliche Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd in Deutschland von der ältesten Zeit bis zur Ausbildung der Landeshoheit. Leipzig 1832. genügend dargethan, daß bis an das Ende des Mittelalters das Jagdrecht kein Regal, sondern ein Bestandtheil des ächten Eigenthums, eine Pertinenz der Grundstücke war.

Zu 22) Mehrere halten es außer dem Fall eines priv. specialis oder des reciproci für durchaus unerlaubt nach deutschem Recht — indem hier das R. R. nicht anwendbar ist — s. Moser Reichshofraths-Conclusa T. V. p. 592.; wenigstens berechtigt hierzu nicht eine nicht tödtliche Verwundung, Hagemann l. c. § 206., v. Berg Rechtsf. Th. I. S. 378. Wo die Jagdfolge aber gebräuchlich ist (und man nimmt dafür eine allgemeine Observanz in Deutschland an, s. Bülow und Hagemann prakt. Erörterungen Th. I. S. 92., Ebenders. Landwirthschaftsr. § 205.), muß der Verfolger beweisen, daß das verfolgte Wild

auf seinem Revier wirklich verwundet und angehetzt worden sey, z. B. durch die auf dem Platz, wo es angeschossen worden, befindliche Farbe oder Haare. Er muß auch das Gewehr auf seinem Revier zurücklassen, und wenn inzwischen der andere Jagdeigenthümer das angeschossene Thier schon eingefangen hat, so muß der Verfolger zurückstehen; Höpfner Inst. Comm. § 301., Pr. Landr. Th. I. Tit. 9. § 130. rc. Wenn die Hunde die Spur des verfolgten Wilds verlieren, so muß er zurückkehren; denn die Verfolgung, wofür man 24 Stunden als den längsten Zeitraum anzunehmen pflegt, findet nur ohne Unterbrechung Statt; Hildebrand de conservatione ferarum nociva. Altdorfi 1709. § VI., Hartig Forst- und Jagd-Staatsrecht § 258. Findet es aber der Verfolger todt oder völlig erschöpft, so darf er es nur in Gegenwart des Jagdberechtigten des Orts oder unpartheiischer Zeugen aus dem fremden Revier wegschaffen, s. allgem. preuß. Landr. l. c. § 135.: auch haftet, wer die Jagdfolge ausübt, für allen dadurch fremden Saatfeldern und Wiesen verursachten Schaden, § 138. ibid.

Zu 23) Man darf es zwar fangen und tödten, aber nicht mit Schießgewehren, und muß es dem Jagdberechtigten gegen eine dem gewöhnlichen Schußgeld gleiche Vergütung abliefern, § 149—151. ibid.

Zu 23*) Da ihm blos die Benutzung der Jagd, nicht aber das Exercitium der Jagd und die Wahrung der Gerechtsame des Jagdeigenthums zusteht, besonders wenn dafür ein besonderer Jäger aufgestellt ist, so wird ihm solche Befugniß abgesprochen in den Entscheid. d. Göttinger Juristenfac., s. Elvers Themis I. S. 553.

Zu 24) Wer nur die niedere Jagd hat, muß dazu die Erlaubniß vom Besitzer der hohen Jagd in demselben Revier erlangen; wer Koppeljagd hat, muß dem Mitberechtigten 3 Tage zuvor es bekannt machen; Pr. Landr. Th. I. Tit. 9. §. 167—169., Hartig Forst- und Jagd-Staatsrecht § 214.

Zu 25) Nein, weil Jagdwesens-Unkundige Schaden machen; Hartig l. c. § 214.

Zu 26) Nicht mehr als vorher gewöhnlich war, und wenn das Gut, mit welchem die Jagdgerechtigkeit verbunden ist, getheilt wird, so dürfen die Theilhaber zusammen nur Einen, oder nach der Observanz mehrere gemeinschaftliche Jäger halten; ibid. S. 336.

Zu 27) Man statuirt die Bejahung dieser Frage insgemein mit der Ausdehnung, daß ohne Einwilligung des Jagdherrn dem Unterthan nicht zustehe, ein beträchtliches Stück Feld mit einem Zaun zu umgeben; Hartig l. c. § 235., Moser Forstarchiv Bd. IX. S. 39., allein so lange ein Gesetz nicht besteht, möchte man es wohl mit Runde d. Privatr. § 160. in f.

eine Waldteufelei nennen, den Eigenthümer an irgend einer Maßregel zur Sicherheit der Früchte seines sauren Schweißes zu verhindern; Hagemann l. c. § 208. — Pietsch l. c. § 106. hält sogar den Jagdherrn für verbunden, den Wildwächterlohn zu erstatten.

Zu 28) Zu Salzlecken nicht ohne Erlaubniß des Landesherrn. Diese Salzlecken, nach welchen das im Winter durch Hunger oft zu ungesunder Nahrung gedrängte Wild sehr begehrlich ist, indem es dadurch ausgereinigt wird, und Eßlust bekommt, locken nämlich das Wild oft aus weiter Ferne herbei, wodurch den andern Jagdbezirken Schade entsteht; Struben rechtl. Bedenken Th. II. no. 17. Doch mag dies nur von Jagden gelten, welche auf den Wäldern Anderer ausgeübt werden, nicht von demjenigen, welcher in seinem eigenthümlichen Wald die Jagd ausübt, s. Hagemann l. c. § 205. Suhlen oder Lachen in fremden Waldungen anzulegen, ohne welche das Wild im heißen Sommer erkranken würde, ist jeder Jagdberechtigte nur mit Zustimmung des Waldeigenthümers befugt, muß aber diesem auch allen Schaden ersetzen; Hartig l. c. § 237. u. 238.

Zu 29) Die Meinungen sind getheilt, in so fern die Einen dem Jagdherrn allen Schaden absolut zu vergüten auflegen, die Andern nur den durch übermäßigen, nämlich die zureichende Ernährungsfähigkeit des Wilds aus dem Walde übersteigenden Wildstand an den Früchten des Landbauers zugefügten Schaden als Gegenstand einer rechtlichen Schadensverbindlichkeit statuiren.

Die letztere Meinung macht dann die Entscheidung von der Beurtheilung der Sachverständigen abhängig, welche sich entweder nach der Erfahrung, daß alle Jahre die Felder beträchtlich leiden, oder starke Rudel Wild angetroffen werden, oder nach einem allgemeinen Maßstab der Ernährungsfähigkeit des Waldbodens im Verhältniß zum vorhandenen Wild richtet, wobei man im Durchschnitt auf 50 Stück Roth- und Rehwildpret 1000 Morgen Waldboden rechnet. Die Berechnung wird hiernach gemacht, indem man die Summe des geschossenen Wildes dahin bestimmt, daß im dritten Sommer die erste Vermehrung vorgeht; Hartig l. c. § 243.

Die erste Meinung stützt sich darauf, daß aus dem Verbot der Selbstschützung des Grundeigenthums gegen schädliche Thiere nothwendig folge, daß derjenige, zu dessen Gunsten diese unnatürliche Beschränkung eingeführt wird, auch den Schaden absolut vergüten müßte, dessen Verhütung durch eigene Sorgfalt er dem Eigenthümer verwehrt. Als noch jedem Grundbesitzer selbst das Recht zustand, auf jede Weise gegen wilde Thiere seinen Anbau zu schützen, konnte die Frage über Wildschäden nur

dann entstehen, wenn von einem gejagten Wild und den Hunden auf fremdem Grund und Boden durch Verfolgung desselben Schaden verursacht wurde.

Dieser Schaden mußte um so mehr ersetzt werden, als die Eigenthümer und Hirten auch für den durch zahme Thiere gemachten Schaden Ersatzverbindlichkeit und sogar Strafe getroffen hat. Lex Ripuar. Tit. 82. lex Sal. tit. 10. § 5. u. 7. tit. 36. § 5. leg. Longob. cap. 314. 319. u. 354. lex Saxon. tit. 13., Danz zu Runde Th. II. § 160. S. 73. Qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur. l. 30. § 3. D. 9. 2. — Hildebrand Diss. cit. § VII. Die Meinung derjenigen, welche nur eine beschränkte Schadenersatz-Verbindlichkeit statuiren, s. Eichhorn d. Privatr. § 285., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. S. 29. ꝛc., Mittermaier deutsch. Privatr. § 276., Preuß. allg. Landr. Th. I. Tit. 9. § 144. u. 147. scheint zwar darin natürlich begründet zu seyn, daß das Jagdrecht aufhören würde, ein Recht zu seyn, wenn man dem, der nur sein Recht gebraucht, allen Schaden, welchen das Wild anrichten kann, zum Ersatz aufbürden würde, und nirgends der usus, sondern nur der abusus solche Folge mit sich bringt; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erört. Bd. III. no. 6. Dagegen kommt aber in Betracht, daß die Jagdgerechtigkeit nach der Meinung Einiger allerdings ohne allen Schaden ausgeübt werden könne; s. Seuffert D. de damno per ferarum incursus in agris dato. Wirceb. 1788. § 1—8., Danz zu Runde Th. II. S. 76. Auch ist in den meisten deutschen Ländern der unbedingte Ersatz der Wildschäden den Jagdinhabern zur Pflicht gemacht, namentlich im Oesterreichischen, der Mark Brandenburg, Bayern, dem Königreich Sachsen, Braunschweig, Lüneburg u. a. m.; v. Moser Forstarchiv Bd. VIII. S. 247. 255. Bd. X. S. 173. Bd. XI. S. 241. ꝛc. Bd. XII. S. 251., Pietsch l. c. § 105., Runde deutsch. Privatr. § 160. Vorzüglich ist dieser Grundsatz ausgeführt in Pfeiffers prakt. Ausführungen Bd. III. S. 91. Ihm stehen an der Spitze die Worte Friedrich Wilhelm III. Königs von Preußen in einer Cabinetsordre vom 30. Septbr. 1827: „übermäßig oder nicht, so sind doch die benachbarten Aecker- und Wiesenbesitzer nicht verpflichtet, ihre Felder und Wiesen von den Hirschen und Schweinen des Jagdberechtigten verwüsten zu lassen." Hagemann im Landwirthschaftsrecht § 208. statuirt, daß der Jagdinhaber zum Schadensersatz zu condemniren sey, wenn er nicht beweisen kann, alle möglichen Mittel zu dessen Abwendung angewendet zu haben, es müsse nämlich von der Existenz eines beträchtlichen und zu wiederholten Malen verursachten Wildschadens auf eine dem Jagd-

herrn zur Last fallende übermäßige Hegung des Wildes geschlossen werden, und die Einrede, daß dieses schädliche Wildpret nicht in seinem Revier den gewöhnlichen Aufenthalt habe, könne ihm nur dann zu Statten kommen, wenn er neben dem Beweis dessen auch darthut, daß er es an der nöthigen Sorgfalt, den Beschädigungen eines solchen Streifwildprets vorzubeugen, nicht habe ermangeln lassen; v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. no. 6.

Zu 30) Dieser Ausfluß des vorzüglich im 16. Jahrh. ausgebildeten Jagdregals, welcher darin besteht, daß der Landesherr oder ein anderer Berechtigter das Jagdrevier einige Tage oder Wochen früher zu durchjagen berechtigt ist, als der eigentliche Jagdbesitzer, oder daß jener Vormittags, dieser aber erst Nachmittags jagen darf, kann nur in Folge bestimmter Landesgesetze, gültigen Herkommens, oder ausdrücklichen Vorbehalts angenommen werden, außerdem gilt jede Jagdgerechtigkeit als ausschließend; Runde l. c. § 152. u. 155., Pietsch l. c. § 95., Hagemann l. c. § 203., Weber Handb. des Lehenr. Bd. II. S. 291., Stieglitz l. c. § 42.

Zu 31) In so fern sie nicht erweislich ein Regal ist, kann sie in 40 Jahren auf landesherrlichen Patrimonialgütern und Grundstücken der Kirchen und Stiftungen, in 30 Jahren auf Grundstücken der Städte und in 10 — 20 Jahren auf Grundstücken der Privaten resp. inter praes. vel absentes erworben werden; Hagemann l. c. § 204. — Sie geht aber nicht solo non usu in 10 — 20 Jahren, sondern nur per praescriptionem qualificatam verloren, v. Bülow u. Hagemann pr. Erört. Bd. VII. no. 25., Pufendorf Observationen, herausg. v. L. Schmidt. Celle 1841. no. 24., in so fern sie als ein Hoheitsrecht oder als Ausfluß der Grundherrlichkeit zu betrachten ist, auf welche die Servitutenlehre keine Anwendung findet. —

Zu 32) Er darf auch in nicht eigenthümlichen Wäldern Zweige von den Bäumen abhauen, soweit sie der Aushauung der Wege und der Aufstellung der Netze, Dohnen rc. hinderlich sind; Eisenhart d. R. in Sprüchwörtern S. 189. Wer darf jagen, der darf hagen. — Hagemann § 205. not. 2., Riccius v. d. Jagdgerechtigkeit Kap. 3. § 3., Stißer Forst- und Jagdhistorie § 65.

Zu 33) Nach § 12. J. 2. 1. ist das jus venandi und aucupandi unterschieden, und letzteres blos vom Fangen der Vögel zu verstehen, da die Römer den Gebrauch der Schießgewehre nicht kannten. H. z. T. kommt es auf die Verfassung und Einrichtungen eines jeden Landes an. Besteht das jus aucupii getrennt von der Jagdgerechtigkeit, so ist es nur auf den Vogelfang beschränkt; besteht es aber als Ausfluß der

Jagdgerechtigkeit, so ist auch das Recht, Vögel zu schießen, darin begriffen, s. Pufendorf Observationen no. 22.

Zu 34) An rebus universitatis in specie, an welchen — zum Unterschied von patrimonium universitatis — der Nutzen den einzelnen Gemeindegliedern selbst zu gut kommt, kann auch der Besitz den einzelnen Gemeindegliedern erworben werden. Damit dieser Besitz namentlich für die Verjährungsfrage nicht blos dem Individuum für seine Person und Sache, sondern vielmehr als Mitglied der Gemeinde zu Statten kommt, muß dasselbe freilich den Besitz eben in dieser Eigenschaft ergriffen haben. Die l. 1. § 22. und l. 2. D. 41. 2. steht alsdann nicht entgegen, indem weder aus dieser Stelle, noch aus andern Stellen der römischen Gesetze zu entnehmen ist, daß deren Urheber jenes besondere Rechtsverhältniß der einzelnen Gemeindeglieder zu den res universitatis in specie vor Augen gehabt habe. Vielmehr paßt der in gedachter l. 1. § 22. angegebene Grund „quia uni non consentire possunt“ gar nicht auf das hier in Frage befindliche Verhältniß, weil bei den rebus universit. in specie das einzelne Gemeindeglied für sich selbst und zu seinem eigenen Nutzen den Besitz ergreift. Die l. 2. cit. gestattet den Gemeinden das Besitzerwerben durch Stellvertreter, aber als ausschließliches Mittel für municipes; um Besitz zu erwerben, ist die Besitzergreifung durch Stellvertreter auch hier nicht angegeben. Damit nun aber aus Besitzhandlungen der Einzelnen wirklich ein Recht für die Gesammtheit erwachse, muß erhellen, nicht blos, daß sie als Mitglieder der Gemeinde den Besitz ausüben, als worüber der Thatbestand zu entscheiden hat, sondern auch daß der Besitz von sämmtlichen Mitgliedern der Gemeinde, oder doch von der Mehrzahl derselben ergriffen worden; l. 160. § 1. D. 50. 17. s. Plenarbeschluß des Obertribunals zu Berlin vom 2. Mai 1842. in den Entscheidungen Bd. VIII. S. 5.

Ist nun die während der Verjährungszeit stattgefundene Rechtsausübung so aufzufassen, als sey solche von der juristischen Person geschehen, so ist die Erwerbung auch unabhängig von dem Wechsel der einzelnen Mitglieder und von dem dadurch wechselnden Bedarf. Die von einer Gemeinde vollendete Verjährung einer Holzungs- und Streugerechtsame erstreckt sich demnach auch auf den Bedarf der erst nach dem Beginn der Verjährung hinzugetretenen Mitglieder, falls nicht besondere Gründe für eine Beschränkung desselben auf eine bestimmte Zahl oder Classe der Mitglieder vorhanden sind, s. Plenarbeschluß desselben Gerichtshofs im Justiz-Ministerialbl. v. J. 1848. no. 12. S. 104.

Anders verhält es sich jedoch nach einem Erkenntniß desselben Gerichtshofs dann, wenn das Holzungsrecht auf einer Verleihung beruht. Da tritt vielmehr die Regel in Anwendung, daß Rechte aus Verleihungen der strictesten Auslegung unterliegen. Demzufolge ist die Annahme gerechtfertigt, daß über den Umfang der gebührenden Holzbezüge nicht die Zahl der Gegenwart, vielmehr die Stellenzahl zur Zeit der Verleihung des Rechts entscheide, s. Entscheid. des O. T. zu Berlin Neue Folge Bd. VIII. S. 276.

Zu 35) Forstrechte können nicht immer unter den Begriff von Servituten gestellt werden. In einem Fall, wo der Eigenthümer der dienenden Sache nicht lediglich etwas zu dulden oder zu unterlassen hat, wo z. B. der Waldeigenthümer das Forstrechtholz, dagegen der Forstberechtigte eine Taxe von 2 Fl. pr. Klafter zu prästiren hat, ist vielmehr der Begriff einer deutschen Reallast gegeben, und das Rechtsverhältniß selbst stellt sich als ein zweiseitiger Vertrag dar (gerichtet auf ein dare facere oportere), daher auch der für Servituten geltende 10 bis 20jährige Zeitraum der erlöschenden Verjährung hier nicht Anwendung leidet, vielmehr das Recht erst in 30 Jahren erlöschen kann, s. das in Seufferts Archiv Bd. V. H. 1. S. 9. angeführte Erkenntniß des O. A. G. von Bayern.

---

b) Taubenrecht. Bienenrecht.

1) Ist Jedermann befugt, Tauben zu halten?
2) Ist derjenige, welcher eine im Flug vom Geier ergriffene zahme Taube diesem durch Schrecken abgejagt hat, auch verbunden, sie dem Eigenthümer zu restituiren?
3) Wenn ein fremder Tauber meine Taube in seinen Taubenschlag verlockt hat, so daß sie nun nicht mehr zurückkehrt, so fragt sich, ob ich sie zurückfordern kann?
4) Ist der Besitzer der Tauben den Feldbesitzern für den Schaden, den sie an den Früchten zufügen, Vergütung schuldig? —
5) Ist Jedermann ohne Einschränkung Bienen zu halten befugt?
6) Ist es erlaubt, die Raub- oder Heerbienen zu tödten?
7) Sind die Bienen nach deutschem Recht überhaupt noch herrenlose Sachen, oder sind sie, je nachdem sie sich auf Staats- oder Privateigenthum befinden, Eigenthum desjenigen, auf dessen Gebiet sie sich befinden?
8) Wenn der Schwarm, ohne daß der Eigenthümer und dessen Angehörige ihn hatten ausfliegen sehen, sich in eines Nach-

bars Garten angesetzt hat, dieses aber von Andern zufällig bemerkt worden ist, ist dann der bisherige Eigenthümer zum Beweis, daß der Schwarm von seinem Mutterstock herrühre, zuzulassen, oder hat er das Eigenthum daran verloren?

9) Ist der Eigenthümer der Bienen zum Ersatz der durch dieselben verursachten Beschädigungen verbunden? insbesondere der Eigenthümer eines raubenden Bienenstocks dem Besitzer des beraubten?

10) Sind beim Verkauf eines Guts die Bienenstöcke nebst den Bienen als Pertinenzstücke im Kauf begriffen anzusehen? —

Zu 1) Man nimmt gewöhnlich an, daß nur diejenigen, welche tragbare Aecker in der Feldflur eigenthümlich oder pachtweise besitzen, nach Verhältniß des Ackermaßes dazu berechtigt seyen; Struben rechtl. Bedenken Th. III. no. 9., Münter Weiderecht § 287., Struv. Syntagma jur. civ. Ex. 41. th. 17. Andere halten jedoch diese Beschränkung nicht für rechtlicher, sondern nur polizeilicher Natur, mithin nicht ohne besondere Polizeigesetze anwendbar; Hagemann Landwirthschaftsr. § 285., Müller D. de jure columbarum Jenae 1733. pag. 15. etc.

Zu 2) Nach einer analogen Bestimmung in l. 44. D. 41. 1. allerdings, so lange die Taube consuetudinem revertendi nicht abgelegt hat.

Zu 3) In diesem Fall kann nicht angenommen werden, daß die consuetudo revertendi abgelegt sey; denn sobald der Tauber eingesperrt wird, wird die Taube auch wieder in den gewohnten Schlag zurückkehren. Die Tauben werden daher den zahmen Thieren gleich geachtet, welche, wo immer sie seyn mögen, Eigenthum ihres Herrn bleiben, § 16. J. 1. 2.

So ist es auch Niemandem erlaubt, durch künstliche Mittel die Tauben des Andern in seinen Taubenschlag anzuziehen, und Jenem zu entfremden; Müller l. c. pag. 19. —

Zu 4) Einige verneinen diese Frage, weil die Tauben den Feldern auch Nutzen durch Bedüngung und Verzehrung der Würmer bringen; es ist aber den gemeinen Rechtsgrundsätzen gemäßer, daß jeder erhebliche Schaden ersetzt werden muß, weshalb auch hier und da verordnet ist, daß der Taubenhalter während der Saatzeit die Tauben 3 Wochen lang einsperren muß; Müller de jure columbarum Jenae 1733. pag. 21. ꝛc. Es ist auch, wo solche Verbote bestehen, den Landbauern die Selbstschützung durch Netze und dergl. solchenfalls nicht zu verwehren. ibid. pag. 24. —

Zu 5) Auf seinem Eigenthum ist gemeinrechtlich Jeder dazu befugt, Busch Handb. d. in Deutschland geltenden Bienenrechts § 22., doch nach manchen Landesordnungen und Observanzen nur mit der Einschränkung, in so fern nicht besondere Polizeirücksichten entgegenstehen, und wenn auch manche Landesordnungen, weil durch zu nahe Anlage an bereits bestehende Bienenstellen dieser Nachtheil hervorgerufen wird, bestimmen, daß der neue Bienenstand vom alten 800 Schritte weit entfernt bleiben soll, so gilt dies doch selbst particularrechtlich nur von Anlegung neuer Bienenstellen auf Domanial- und Gemeindegründen, aber nicht auf eigenem Grund und Boden; v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. no. 7. § 2., Kaiser Korbbienenzucht § 24. Auf fremdem Grund und Boden ist blos die Einwilligung des Grundeigenthümers erforderlich. Den Hutberechtigten steht kein Einspruch zu, Busch l. c. § 24., Hagemann Landwirthschaftsr. § 284., so wenig als andern Bienenhaltern. Die Befugniß, das eigene Local zur Aufstellung fremder Bienen durch Verpachtung zu benützen, ist nur aus unstichhaltigen Gründen früher bezweifelt worden, es kann daher wenigstens ohne den Beweis eines örtlichen Herkommens nicht die Benutzungsfreiheit des Eigenthums eingeschränkt werden. Mehreres s. Scholz Zeitschr. f. Landwirthschaftsr. Bd. I. S. 28., Roth vom Bienenrecht S. 110., Busch l. c. § 21., v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. no. 7. S. 41. Bd. VII. S. 52., Hagemann Landwirthschaftsr. § 284.

Zu 6) Nein, man wird dadurch dem Eigenthümer zur Entschädigung verpflichtet, Hagemann l. c.

Zu 7) Durch die Verschiedenheit des römischen und deutschen Rechts und durch Mangel an Unterscheidung der Grundsätze vom Besitz und Eigenthum ist diese Frage schwierig geworden.

Bekanntlich rechnet das römische Recht die Bienen zu den wilden Thieren. Also — folgert man, sind sie res nullius und Jeder kann sie einfangen, gleichviel ob auf eigenem oder fremdem Boden, § 12. J. 2. 1. — im letzteren Fall wenigstens in so lange, als dessen Eigenthümer den Eingang nicht verwehrt. Im wilden Zustand können sie nicht besessen werden, also — sagt man weiter, können sie auch nicht in Jemands Eigenthum seyn.

Allein selbst nach römischem Recht ist die Folgerung, daß die Bienen um deswillen, weil sie wilder Natur sind, res nullius seyen, sehr zweifelhaft; denn daraus, daß man den Besitz einzelner im Eigenthum befindlichen Gegenstände noch nicht ergriffen hat, folgt noch nicht, daß sie nicht im Eigenthum seyen, Höpfner Instit. Comm. § 300. not. 4. Leyser Spec. 440. Med. 3. Nach deutschem Recht ist das Gegen-

theil besonders anerkannt, ungeachtet auch dieses die Biene als einen wilden Wurm bezeichnet. Niemand kann sich aber heut zu Tage auf die l. 3. § 1. D. 41. 1. berufen, um überall ungestört jagen zu dürfen, es gibt fast nichts mehr, was nicht in Staats- oder Privateigenthum übergegangen wäre. Der Eigenthümer des Wassers ist auch Eigenthümer der darin befindlichen Fische, dem Waldeigenthümer gehört das Wild, so lang es sich darin befindet, so auch dem Eigenthümer des Baums der darin hausende Bienenschwarm, Busch l. c. § 18., Eichhorn deutsch. Privatr. § 282., Biener Diss. de apibus. Lips. 1773. § 32., Leyser Sp. 537. Med. 11., vergl. den Commentator des Weichbilds art. 119. no. 11. „Seynd die Bienen in einer Beuthen (in einem Wald), weß die Beuthe ist, deß sind sie, wer sie aber in einen Baum beschleußt, deß sind sie auch; wer sie stehle, der wär' ein Dieb." — Ist daher der Wald ein Lehen, so betrachtet man die Bienen, welche sich darin angebaut haben, als pars feudi, und nur den aus ihnen gewonnenen Honig als allodial, weil fructus feudi immer die allodiale Eigenschaft haben, Busch l. c.

In Ansehung der Waldbienen ist hierüber wohl überall kein Zweifel, s. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 122. u. 371., dessen Landwirthschaftsr. § 284., Noe Meurer Forst- und Jagdrecht (Ausg. v. 1560.) S. 52. 57. 67. Die Bienenzucht im Reichswald um Nürnberg war ein kaiserliches Lehen, s. Schwarz Diss. de Butigulariis.

Was die zahmen Bienen anbetrifft, so leidet es, so lange sie consuetudinem revertendi haben, ohnedies keinen Zweifel, daß sie dem Eigenthümer des Mutterstocks gehören, l 3. § 16. D. 41. 2. — apes, quae ex alveis nostris evolant, et secundum consuetudinem redeunt, a nobis possideri, — daher sie auch, wenn sie auf fremdem Grund und Boden Honig sammeln, nicht weggefangen oder beschädigt werden dürfen, s. Busch l. c. § 62. —

Wenn nun aber ein Schwarm seinen vorigen Sitz verläßt, und sich in des Nachbars Garten ansetzt, kann er dann vom Nachbar durch Occupation zu Eigenthum erworben werden? oder ist der bisherige Eigenthümer befugt, ihn da noch einzufangen? Dies ist zweifelhaft geworden vermöge der Befugniß des Grundeigenthümers, einem Jeden den Eintritt zu verwehren, und besonders spricht der Commentator des Weichbilds in der vorangeführten Stelle gegen den vindicirenden Eigenthümer des Schwarms zu Gunsten des Occupanten, verb. „fliehen sie (die Bienen) aus, und kommen in eines andern Mannes Gewehr, sie seynd deß, dem sie entflogen sind, ob er ihm auch auf den Fuß nachfolget, doch

mag er ihn nicht folgen in eines Mannes Gewehr, ob ihm der Mann dahin zu folgen verbeutet."

Wenn nun auch das Sachsenrecht sich hiernach richtet, v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 369., Denecken Dorf- und Landrecht S. 246. Res. IV. § 2. — so kann man doch nach gemeinem Recht nicht wohl beistimmen; denn wenn es in l. 5. § 3. D. 41. 1. u. § 14. J. 2. 1. heißt: plane integra re, si praevideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur, so kann dies dem Zusammenhang nach nur von herrenlosen Bienen verstanden werden.

Das Verfolgungsrecht des entflohenen Bienenschwarms (versteht sich gegen Vergütung alles dem Dritten entstehenden Schadens) wird aber dem Eigenthümer indistinct und nicht blos auf seinem Grund und Boden (wo es keiner besondern Bestimmung bedürfte) gestattet, so lange als er den Schwarm sieht, und dessen Verfolgung nicht zu schwierig wird. Erst dann, wenn er die Verfolgung aufgeben muß, wird der entflohene Bienenschwarm Eigenthum dessen, auf dessen Grund und Boden er sich gesetzt hat; l. 3. § 2. l. 5. § 4. D. 41. 1. — l. 26. D. 47. 1., Hagemann l. c. und im Landwirthschaftsr. § 284., Schröter vermischte jurist. Abhandl. Bd. I. S. 425. Auch wenn der entflogene Schwarm sich in einer leeren Bienenwohnung auf dem Eigenthum des Andern angesiedelt hat, nimmt man an, daß derselbe dann Eigenthum des Letztern geworden sey, s. Busch l. c. § 41. u. 44. Im Allgemeinen kann man die Bestimmungen des preuß. Landrechts Thl. I. Tit. 9. § 118 — 126. über diesen Gegenstand auch als gemeinrechtlich anerkennen. Gleiche Bestimmungen finden sich auch im Baden'schen Landrecht v. J. 1809. Art. 564., das Oesterreichische Gesetzb. Art. 384. fügt jedoch hinzu, daß gegen den Eigenthümer des Stockes der Verlust eintritt, wenn er den Schwarm nicht binnen zwei Tagen verfolgt, s. Schröter vermischte jurist. Abhandl. Bd. I. S. 425., Roth v. Bienenrecht S. 51., Mittermaier d. Pr. R. Th. I. § 162. no. 2. Historisch ist in Betreff des Bienenrechts zu bemerken, was von den Zeidlern und Zeidelgütern in Siebenkees historisch-diplomatischem Magazin, und den Dissert. von Schwarz de Butigulariis, Altdorf 1723. und v. Scheurl de jure mellicidii, Altdorf 1690. gesagt ist.

Zu 8) Die Meinungen sind verschieden. Einige behaupten, daß das Vindicationsrecht stattfinde, wenn der Eigenthümer des Mutterstocks nur weiß, wohin der Schwarm geflogen ist, und gegen denjenigen, bei welchem er sich angesetzt hat, oder in einem neuen Stock eingezogen, oder von welchem er eingefangen worden ist, die Identität der Bienen

beweisen kann, wozu man besondere Probemittel hat, z. B. man thut eine Parthie Bienen von dem Schwarm in ein Glas, bestreut sie mit Kreide und läßt sie dann fliegen. Fliegen nun die mit Kreide besprengten Bienen in den alten Stock ein, so ist es kein Zweifel, daß der Schwarm aus diesem Stock ausgezogen sey; Busch l. c. § 54., Hellfeld Jurisp. for. § 1732., Roth vom Bienenrecht § 12.

Andere behaupten geradezu das Gegentheil: „Wenn ein junger Schwarm wegzieht, ohne daß der Eigenthümer es weiß, so darf ihn fassen, wer da will, wenn auch der Eigenthümer es beweisen könnte, daß er aus einem seiner Bienenstöcke ausgezogen sey," s. Kern unterschiedener Rechte, besonders des Bienenrechts S. 52., Schneidewind ad § 14. J. de ver. divis. (2. 1.)

Die Gesetze selbst führen auf folgende Entscheidung: ist der Schwarm von einem Andern bereits occupirt, nachdem wir ihn aus den Augen verloren haben, mithin ohne daß wir durch dessen Verfolgung uns die Möglichkeit unsere physische Einwirkung continuirlich nach Willkühr zu reproduciren gerettet haben, so ist derselbe dem Dritten durch Occupation erworben.

Denn der ihm zugeflogene Schwarm hat den animum revertendi abgelegt, und ist in den Zustand der natürlichen Freiheit zurückgekehrt, demnach res nullius geworden, quae cedit primo occupanti; l. 3. § 2. D. 41. 1. Ideoque si alius apes incluserit, is earum dominus erit, l. 5. § 3. D. eod. So lange aber ein Anderer den Schwarm nicht eingefangen hat, so lange er z. B. nur an einem Baum in seinem Garten hängt, und wir noch in dessen Verfolgung begriffen sind, wissend, wohin er geflogen ist, muß auch unser Vindicationsrecht nach einer vernünftigen Auslegung der vom Bienenschwarm sprechenden l. 5. § 4. D. eod. dauern, examen quod ex alveo tuo evolaverit, eousque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficilis ejus persecutio est,*) alioquin occupantis fit. Das bloße Anhängen an den Baum des Nachbars verschafft diesem noch nicht Eigenthumserwerb; l. 5. § 1. eod. apes, quae in arbore nostra consederint, antequam a nobis alveo concludantur, non magis nostrae intelliguntur, quam volucres, quae in nostra arbore nidum fecerint. Daß aber dem Verfolger der Schwarm vom ersten Augenblick des Ausfliegens bis zu dem des Findens nicht aus dem Gesicht gekommen seyn müsse, scheint nicht gefordert werden zu können.

*) D. i. wenn wir uns nicht durch die Schwierigkeiten von fortgesetzter Verfolgung abgehalten finden.



Genug, wenn wir wissen, daß er uns und wohin er entflogen ist, mithin die Möglichkeit der Reproduction unserer physischen Herrschaft noch nicht aufgehört hat; Busch l. c. S. 102. Ist aber der Schwarm ohne unser Wissen ausgeflogen, und uns aus dem Gesichte gekommen, so kann er von Jedem durch Occupation erworben werden; Müller D. de jure apum. Jenae 1685. th. VII.

Zu 9) Nur in so fern, als er daran durch eine Unvorsichtigkeit Schuld trägt, z. B. wenn er die Bienen nahe an einem Fuß- oder Fahrweg oder an des Nachbars Gränze aufstellt; Roth v. Bienenrecht S. 86., Biener D. de jure apum § 18., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. no. 7. § 2. Ein bestimmtes Maß der Entfernung ist gesetzlich nicht gegeben, folglich nach Umständen und sachverständigem Ermessen zu bestimmen, wobei darauf viel ankommt, ob die Straßen oder Gärten, wohin die Bienen ihren Flug haben, durch eine Befriedigung von 5—6 Fuß Höhe vom Bienenstand getrennt sind, welchenfalls die Bienen hoch fliegen, daher Niemand leicht von ihnen gestochen wird; Büsching und Kaiser Journal für Bienenfreunde Jahrg. I. Stück 2. S. 92.; eine noxae deditio findet dabei nicht Statt. —

Da ohne Schuld des Eigenthümers der Bienenstöcke eine Verbindlichkeit zum Ersatz des durch die Bienen verursachten Schadens nicht gefordert werden kann, die Bienenkenner aber darin übereinstimmen, daß der Beraubte allemal durch vernachlässigte Beobachtung und Fürsorge selbst Schuld trage, so wird die Verbindlichkeit zum Schadensersatz nur auf den Fall eingeschränkt, wenn Jemand wissentlich oder vorsätzlich Raubbienen macht oder hält; Runde deutsch. Privatrecht § 254., v. Ehrenfels über die Bienenzucht Th. I. S. 299., Roth v. Bienenrecht § 15. S. 71—74., Biener Diss. cit. § 28. Die Raubbienen durch Gift zu tödten,*) ist aber nicht erlaubt; Hagemann Landwirthschaftsr. § 284., Weiske Handb. des allg. deutsch. Landwirthschaftsr. § 195. Pfändung der uns Schaden zufügenden Bienen wird gewöhnlich für erlaubt gehalten; Leyser Sp. 111. Med. 3. — Nach dem Preuß. Landr. Th. I. Tit. 9. § 126. ist die Polizei berechtigt, Verfügungen zu treffen, wodurch das Rauben der Bienen verhindert wird, und diejenigen Stöcke, unter welchen es eingerissen ist, davon wieder entwöhnt werden.

*) Gesterding in d. Ausbeute rc. Th. VI. Abth. 2. S. 170. behauptet zwar das Gegentheil, und zwar schlechthin von allen Bienen, die in meinen Garten herüberfliegen, aber ohne allen gesetzlichen Grund; s. dagegen l. 27. § 12. l. 49. pr. D. 9. 2.

Zu 10) Man unterscheidet, ob dem Verkauf ein Werthsanschlag vorausgegangen ist oder nicht? Im ersten Fall hängt die Entscheidung davon ab, ob die Bienen darin aufgenommen sind oder nicht; im zweiten Fall kommt es darauf an, ob fundus instructus verkauft worden ist, und dann sind auch die Bienenstöcke als mitverkauft anzusehen, weil sie zum instrumentum fundi gehören, l. 10. l. 12. § 13. D. 33. 7. außerdem nicht, s. Busch l. c. § 19., Beneckendorf Oeconomia forensis Bd. II. § 201., Christ Anweisung zur Bienenzucht § 215. Anderer Meinung, jedoch ohne Anführung eines Grunds, ist Hommel Rhaps. Obs. 438., wo er sagt: apes et apiaria emtores praedii non sequuntur, neque heredem feudalem. Ist ein Wald, worin Bienenzucht getrieben wird, verkauft, so zweifelt Niemand, daß der Käufer auch das Eigenthum der Bienen erhält, s. Roth Bienenrecht S. 93., Busch l. c. § 19. arg. l. 3. § 14. D. 41. 2.

---

§ 5. Vom Eigenthum an Obligationen au porteur, an Briefen, an Geistesproducten.

1) Sind die, auf jeden getreuen Inhaber lautenden Schuldobligationen (papiers au porteur) auch als Gegenstand des Eigenthumsrechts der Vindication gegen jeden Dritten unterworfen?

1 [a]) Was für Zuständigkeiten und Verbindlichkeiten hat der Emittent von Partial-Obligationen au porteur eines von ihm gegebenen größeren Darlehens?

1 [b]) Steht es jedem Privaten frei, Schuldverschreibungen au porteur auszufertigen?

2) Was hat der Verkäufer eines solchen Papiers seinem Käufer oder Cessionar zu gewähren?

3) Steht dem Schuldner die Berufung auf das Anastasianische Gesetz zu?

4) Können Obligationen au porteur der Amortisirung unterworfen werden?

5) Sind bei Verpfändungen von Papieren au porteur die gewöhnlichen Förmlichkeiten zu beobachten? insbesondere auch in Ansehung des jus distrahendi?

6) Sind Lieferungsverträge über Papiere als gültig oder als ein verbotenes Spiel zu betrachten?

Zu 1) Die Verneinung dieser Frage ergibt sich unzweifelhaft aus dem Grundsatz der alten Hansa: „Hand muß Hand wahren," in den Ländern, in welchen er gilt. Außer denselben ist ihre Beantwortung schwierig geworden. Man glaubte auch auf Papiere au porteur die Grundsätze des römischen Rechts anwenden zu dürfen, nach welchen Urkunden mittelst der actio ad exhibendum und der Reivindication vom Besitzer reclamirt werden können, l. 3 D. 29. 3. — l. 3. § 5. D. 43. 5. — und betrachtete man solche Papiere als Werthszeichen, wie das baare Geld, so mußte man nach l. 11. § 2. l. 14. D. 12. 1. — l. 46. D. 12. 6. — l. 67. D. 23. 3. — l. 24. § 2. D. 42. 5. u. l. 8. C. 4. 34. — vindicari nummi possunt, si exstant, — die Vindication selbst gegen den dritten Besitzer nicht minder zulässig erachten, s. Thibaut System d. P. R. § 887., Zachariä Annalen der Gesetzgebung Bd. I. no. 16. S. 249. Besonders kommt in Betracht, daß l. 8. C. 4. 34. u. l. 11. § 2. l. 14. D. 12. 1. dem Deponenten die Vindicationsklage gegen den Dritten gestattet, welchem der Depositar das anvertraute Geld gegen den Willen des Deponenten geliehen hat. —

Dieser Ansicht folgten Geiger u. Glück in den Rechtsfällen Bd. III. S. 132., Kind quaest. T. III. c. 26. (Ed. II.), Bender über den Verkehr mit Staatspapieren § 13. — Auch v. Bülow in den Abh. über einzelne Materien des bürgerl. Rechts Th. II. no. 30. läßt den Kläger zum Beweis des Eigenthums gegen den verklagten Besitzer zu. Auch Mittermaier im deutsch. Privatr. § 274. Bd. II. S. 12. scheint sich zu dieser Ansicht hinzuneigen. Auf gleiche Weise wurde von den k. bayerischen Justizstellen in einem Falle erkannt, welcher in der Sammlung merkw. Rechtsfälle von Zu-Rhein und Sartorius Bd. II. S. 100. erzählt ist.

v. Gönner hat das Verdienst, zuerst das Rechtsverhältniß der Papiere au porteur in das wahre Licht gestellt zu haben, s. dessen Archiv für die Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums Bd. I. S. 471., sowie dessen Werk von Staatsschulden, deren Tilgungsanstalten, und vom Handel mit Staatspapieren § 70.

Hiernach dürften folgende Sätze für immer dem Zweifel enthoben seyn:

Vindiciren kann der Eigenthümer solche Papiere von demjenigen, welcher sie unmittelbar von ihm durch einen das Eigenthum nicht oder nicht auf gültige Weise übertragenden Vertrag erhalten, oder durch List und Gewalt an sich gebracht hatte.

Was also im Concurs des Empfängers zu Gunsten des Versenders in Ansehung der von jenem dolos an sich gebrachten Waaren gilt, das gilt auch von Papieren au porteur, besonders wenn man sie nach der Meinung Mehrerer wie Handelswaare betrachten darf, s. Kritz Sammlung von Rechtsfällen Bd. III. S. 86. ꝛc., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I. S. 44., Mühlenbruch von der Cession der Forderungen § 41., v. Gönner von Staatsschulden § 65. no. 3., Bender Verkehr mit Staatspapieren § 65. der 2. Ausg.

Unbestritten ist auch gegen einen dritten Besitzer die Vindication alsdann statthaft, wenn dieser eine solche Obligation mala fide an sich gebracht hat. War er aber in bona fide, so kann er nach richtigen Grundsätzen der Vindication des früheren Eigenthümers nicht unterliegen, ohne daß es, wie Einige meinen, auf den Unterschied ankommt, ob der Dritte eine solche Schuldverschreibung titulo oneroso oder durch Schenkung erlangt hat; v. Gönner l. c. S. 237., Souchay im civilist. Archiv Bd. X. S. 154., Maurenbrecher deutsch. Privatr. Bd. I. S. 265., Bender l. c. S. 331. — Bei einer auf jeden getreuen Inhaber verlautenden Obligation kommt nämlich das Eigenthum schon nach dem Wortlaut gar nicht in Betracht, sondern der Inhaber, wer immer er sey, gilt als der Gläubiger, und wer könnte denn der Gläubiger seyn, wenn die Urkunde keinen andern, als den Inhaber derselben, als Gläubiger erklärt und unmittelbar legitimirt?

Ihm muß der Schuldner zahlen, ohne berechtiget oder verbunden zu seyn, nach dem wahren Eigenthümer zu fragen, wird aber durch die Zahlung an den Inhaber auch ohne weiteres gänzlich liberirt, s. Glück P. C. Bd. XVI. S. 440. —

Was die oben angeführten Gesetze vom Geld verordnen, ist nicht anwendbar, weil Staatsobligationen au porteur kein Geld, nicht einmal Papiergeld, s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. § 274. (Ed. 6.), sondern zwar eine fungible vertretbare, aber nicht eine verbrauchbare Sache sind, zu welch' letzterer Kategorie das römische Recht das Geld zählt, s. v. Gönner l. c. § 67.

Eben so wenig können die Römischen Gesetzstellen, welche Vindication der Urkunden gestatten, in Anwendung kommen, weil sie Urkunden nur als Zugehörung eines Rechts und als eine rein körperliche Sache kennen, und unsere Obligationen au porteur der Römischen Theorie des Rechts der Forderungen ganz fremd, ja mit ihr unvereinbar sind; denn eine Obligation au porteur ist das Forderungsrecht selbst, und nicht etwas vom Forderungsrecht Verschiedenes, sondern mit diesem selbst in Eines zusammenfließend. Vindication einer Forderung kennt das R. R.

gar nicht. Bei Wechseln, welche auf jeden Inhaber lauten, ist dies auch in den Wechselordnungen gewöhnlich statuirt, daß derjenige, welcher sich einen Wechsel, auf jeden Inhaber lautend, ausstellen ließ, oder ihn in bianco girirte, die Gefahr tragen muß, wenn der Wechsel in andere Hände kommt, und ihn von einem dritten redlichen Inhaber nicht vindiciren kann, s. Augsburger W. O. Cap. VIII. § 5., Allgem. Preuß. Landr. Th. II. Tit. 8. § 763. 810. rc., s. auch Maurenbrecher deutsch. Privatr. Bd. II. S. 550. A. M. ist gleichwohl Mittermaier l. c. § 352. S. 221.

Noch weit mehr Grund zu gleicher Behandlung findet sich aber bei den Obligationen au porteur, deren Aussteller von Anfang an eine unbestimmte Person (jeden Inhaber) zur Hebung der verschriebenen Summe berechtigt, und Besitz und Recht in ihnen identificirt, wodurch sie im Verkehr zur Waare geworden sind; vergl. Schumm über die Amortisation von Schuldurkunden (Beilagenheft zum Bd. XIII. des Archivs für civilist. Praxis), Souchay in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 42.

Bei einem Rechtsgeschäft, welches keine Untersuchung des Eigenthums zuläßt, kann eine Eigenthumsklage auch nicht stattfinden, und ein Dritter kann so wenig als der Schuldner selbst befugt oder verpflichtet seyn, das Eigenthum zu untersuchen. —

Diese Grundsätze sind auch, wie sie denn der Natur der Sache nach nothwendig sind, in allen neueren Gesetzgebungen angenommen, s. k. sächsisches Edict vom 26. Jänner 1775. über die Kassenbillets, Allg. Preuß. Landr. Th. I. Tit. 15. § 47., das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch v. J. 1811. § 371., die k. bayer. Verordnung vom 17. Aug. 1813. u. 12. März 1817., die Frankfurter Verordnung v. 8. Juli 1817. und alle Gesetze, welche die Amortisirung der au porteur lautenden Schuldverschreibungen nur in so weit zulassen, als dadurch dem Recht eines dritten redlichen Besitzers derselben nicht zu nahe getreten wird. Gegen die Zulässigkeit der Vindication entscheidet auch Maurenbrecher im d. Privatr. Bd. I. S. 265. u. Bender Verkehr mit Staatspapieren S. 331.

Nicht ohne einige Abweichungen von Gönners Deductionsweise, aber doch im Wesentlichen stimmt überein Thöl Handelsrecht Bd. I. § 55. Die Unzulässigkeit der Vindication an Papieren au porteur läßt sich auf Folgendes stützen: der Aussteller eines solchen Papiers knüpft die Sachlegitimation an die einzige Bedingung des Besitzes des Papiers, der Nehmer desselben genehmigt dieses, und muß daher auch jeden Besitzer als ad causam legitimirt ansehen, weil dieser die von ihm selbst anerkannte Bedingung erfüllt. Da aber Niemandem sein dolus

nützen darf, so ist die Vindication nur gegen den Besitzer in gutem Glauben unstatthaft, und gegen den Besitzer in bösem Glauben für statthaft zu halten. Eben so ist gegen Denjenigen die Vindication oder die Contractsklage statthaft, welcher das Papier vom Kläger kraft eines das Eigenthum nicht übertragenden Rechtstitels übergeben erhalten hat, also gegen den Depositar, Commodatar, Pfandgläubiger, Verkaufs-Commissionair. In so fern der Kläger dem Besitzer seine mala fides beweisen muß, streitet allerdings für den Besitzer eines Papiers auf Inhaber die Vermuthung der Rechtmäßigkeit seines Besitzes, nämlich der bona fides.

Schwieriger ist die Frage über das Rechtsverhältniß der einer Obligation au porteur anhängenden Zins-Coupons. Sind sie gleicher Natur mit der Schuldverschreibung selbst, und für sich bestehend, oder ein Accessorium jener, so daß deren Recht mit dem principalen Recht steht oder fällt?

Ersteres behaupten v. Bülow in den Abhandl. über einzelne Materien des römisch. bürgerl. Rechts Thl. I. S. 345., Bender l. c. § 11.; v. Gönner l. c. § 79. räumt dagegen ihnen zwar die Natur eines selbstständigen Papiers ein, ohne jedoch einen gegenseitigen Bezug zwischen der Schuldurkunde und den Coupons zu verkennen. Dieser wesentliche Causal-Zusammenhang, in welchem die — allerdings als selbstständige Sache und nicht blos als ein Accessorium zu betrachtenden, vom Staat als Schuldner der Hauptsumme ausgegebenen Zins-Coupons erscheinen, macht unfehlbar einen Unterschied zwischen verfallenen und erst künftig verfallenden Zins-Coupons nothwendig, indem es nach der Natur des Geschäfts als conditio tacita anzunehmen ist, daß die Zins-Coupons nur so lange eingelöst werden, als die Capitalschuld besteht.

Wer daher noch nicht fällige Zins-Coupons kauft, contrahirt über einen noch nicht bestehenden Werth, dessen Realisirung noch unbestimmt ist. Nach diesen Grundsätzen entscheidet Souchay in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 50. die von Gönner l. c. § 79. blos angeregten Fragen:

a) ob wegen abhanden gekommener Zins-Coupons auf deren Amortisation angetragen werden könne? bejahend, so weit die Verordnungen eines einzelnen Staats überhaupt die Amortisation der Papiere au porteur gestatten; s. auch Schumm l. c. § 13. jedoch — fährt er weiter fort — an eine Vindication der noch nicht verfallenen Zins-Coupons von dem dritten rechtmäßigen Inhaber durch den Besitzer der betreffenden Hauptobligation ist durch-

aus nicht zu denken; daher auch nicht in dem Fall, wenn von solchen Urkunden, mit welchen eine Dienstescaution geleistet wurde, die Zins-Coupons dem Caventen in Händen gelassen wurden, welcher nun die erst künftig verfallenden Coupons verkauft oder verpfändet.

b) ob die schuldende Kasse, welche gegen Aushändigung der Hauptobligation, — aber ohne die der künftig verfallenden Zins-Coupons — an den Präsentanten gezahlt hat, die bereits verfallenen oder noch künftig verfallenden Zins-Coupons von deren Inhaber einzulösen schuldig sey? verneinend, wie sie denn auch in zwei Rechtsstreiten bei dem k. bayer. Oberappellationsgericht verneinend entschieden worden ist. Bender l. c. tadelt zwar diese Entscheidung aus dem Grunde, weil die Staatskasse, indem sie eine Obligation ohne die erst künftig fällig werdenden Coupons zahle, sich einer groben Nachlässigkeit schuldig mache. Souchay l. c. S. 51. not. 1. rechtfertigt aber diese Entscheidung durch die Bemerkung, daß der Staat, — wenn dies nicht, wie in den Frankfurter Stadtobligationen, ausdrücklich ausgesprochen ist, — kein Recht habe, an dem Betrag der Hauptobligation den Betrag der fehlenden, erst künftig fällig werdenden Coupons abzuziehen. Durch den Fehler der Staatskasse hören die Zins-Coupons nicht auf zu seyn, was sie vorher waren, wenn sie anders überhaupt noch existiren; daraus kann also keine Entscheidung abgeleitet werden. Die Entscheidungen der k. bayerischen Gerichte scheinen sich darauf zu gründen, daß die Zins-Coupons ein Accessorium der Hauptobligation seyen; aber wenn dies auch bestritten, vielmehr deren Selbstständigkeit behauptet werden könnte, so wird man doch nicht annehmen können, daß sie in gar keiner Beziehung zur Hauptobligation stünden. Denn indem das Geschäft ganz dem gewöhnlichen Darlehn nach gebildet ist, und die Regierungen die Coupons nur deshalb ausgestellt haben, weil sie für die betreffende Hauptobligation eine gewisse Summe Gelds erhalten haben, fällt mit deren Zurückzahlung jede Verbindlichkeit zu Zinsen, und für den Inhaber jeder Anspruch auf den dafür bestimmten Genuß hinweg, und es war sonach von selbst verstanden, daß die ausgegebenen Coupons nur so lange eingelöst würden, als die betreffenden Hauptobligationen nicht eingelöst würden. Die Coupons sind daher nur für die Jahre zahlbar, wo die Obligation noch im Umlauf ist.

Zu 1 [a]) Indem der Emittent partielle Cessionen seiner Darlehensforderung vornimmt, treten die Cessionarien oder Partial-Theilhaber gleichwohl nur auf eine beschränkte Weise in die Rechte des Darleihers ein, indem der Schuldner immer nur an diesen zu zahlen schuldig ist, welcher die vertragsmäßige Mittelsperson für den Empfang der Zahlungen des Schuldners und für deren Verabfolgung an die Inhaber der Partialen bildet. Die vom Schuldner an diese Mittelsperson geleisteten Zahlungen liberiren denselben gänzlich, und bewirken die quantitative Löschung der Forderung im Hypothekenbuch. Die Partialen-Inhaber können sich wegen eines unbefriedigten Guthabens immer nur an diese Mittelsperson, nicht aber an den Schuldner halten. Für Zahlungen, welche der Schuldner nicht leistet, haftet der Emittent (abgesehen von den besonderen Fällen, wo ein Cedent auch nomen bonum zu gewähren hat) nicht, sondern nur für die Verabfolgung dessen, was bei ihm eingeht. Der Emittent ist auch im Concurs des Schuldners der legitime Repräsentant und Liquidant der ganzen Forderung, s. Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanw. Bd. VI. S. 12. Bd. XI. S. 1. Bd. XVI. S. 367.

Zu 1 [b]) Die Frage, ob es der bloßen Privatwillkühr frei stehe, Schuldverschreibungen au porteur auszufertigen und in Umlauf zu setzen, und welche rechtliche Folgen an einen solchen Versuch zu knüpfen sind, erörtert v. Savigny im Oblig. R. Bd. II. S. 122. Gegen seine Behauptung der Ungültigkeit beruft sich für Deutschland auf ein Gewohnheitsrecht Seuffert im Archiv Bd. VII. H. 2. S. 262., in so weit nämlich diese Geschäfte nicht in einzelnen Staaten untersagt sind, wie durch das Preußische Gesetz vom 17. Juni 1833. und die Oesterreichische Entschließung vom 19. Juni 1847. Uebereinstimmend hiermit ist Mittermaier im deutsch. Privatr. Bd. II. § 274. der 6. Aufl. und Duncker in der Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. V. S. 51. mit der Bemerkung: „Es ist hier unpassend, römische Grundsätze hereinzuziehen."

Zu 2) Er haftet blos für die Existenz der Forderung (esse nomen), also für die Aechtheit des Papiers, s. Thöl Handelsr. Bd. I. § 54.

Zu 3) Nein; denn er hat, indem er die Schuldurkunde auf den Inhaber hat stellen lassen, erklärt, daß er den Vorzeiger als seinen wahren Gläubiger ansehen und auf etwa zwischenliegende Cessionsverhältnisse nicht Rücksicht nehmen wolle, Pfeiffer prakt. Ausführung. Bd. I. S. 44., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. S. 13. und die dort Citirten.

Zu 4) Abgesehen von besonderen Landesgesetzen, welche gewöhnlich die Mortification der auf jeden Inhaber lautenden Staatsobligationen für unzulässig erklären (s. jedoch dagegen die preuß. Ger. Ordn. Tit. 51. § 120.), muß der Amortisation mittelst Edictalladung, unbeschadet der Restitution des gutgläubigen Inhabers, wenn er nicht in culpa ist, Statt gegeben werden, wenn der Impetrant das Object genau nach Litera, Nummer, Datum, Summe u. s. w. angeben, und sein Recht auf das Papier, sowie einen Umstand, welcher den angeblichen Verlust wenigstens wahrscheinlich macht, bescheinigen kann, v. Bülow Abhandl. Bd. I. no. 17., v. Gönner l. c. § 75., Eichhorn deutsch. Privatr. § 191. not. e., Bender Verkehr mit Staatspapieren § 69—72., Schumm im Beil. Heft zum civilist. Archiv Bd. XIII., die Amortisation verlorner oder sonst abhanden gekommener Schuldurkunden, Mittermaier l. c. § 274.

Zu 5) Es möchte schwerlich mit Bender im Beil. Heft zum Bd. VIII. des civilist. Archivs über den Verkehr mit Staatspapieren § 26. anzunehmen seyn, daß Staatspapiere als res immobiles zu betrachten, mithin auch den gesetzlichen Vorschriften, an welche die Verpfändung von Immobilien gebunden ist, unterworfen seyen; aber auch Mittermaier möchte, wenn er im deutschen Privatrecht § 274. überhaupt die Anwendbarkeit der in den Landesgesetzen vorgeschriebenen Formalitäten auf Verpfändung von Papieren au porteur läugnet und dem Pfandinhaber das jus distrahendi, wenn am bedungenen Tage die Einlösung nicht erfolgt, durch Mäkler auf der Börse einräumt, nur durch besondere Handels- und Wechselrechte und Usancen dieses zu rechtfertigen vermögen, außerdem im Verpfändungsact ausdrücklich bedungen seyn muß, daß dem Pfandinhaber solche Befugniß zustehen solle.

Zu 6) Diese Streitfrage ist wohl gegen Schmalz, die Stockbörse. Berlin 1824., v. Gönner von Staatsschulden § 10. u. a. m. dahin als entschieden anzunehmen, daß da, wo nicht aus polizeilichen und staatswirthschaftlichen Rücksichten Verbote erlassen sind, der Richter nicht ermächtigt ist, dergleichen häufig nur auf Coursdifferenz gerichteten Verträgen die Klagbarkeit abzusprechen, Bender l. c. S. 375., Thöl l. c. S. 27. u. 235., Mittermaier l. c. § 274. Mehreres hierüber bleibt dem Obligationenrecht vorbehalten.

Eigenthumserwerb an Briefen und anderen Geistesproducten.*)

Die Eigenthumserwerbung an Briefen, welche eben auch durch Tradition vor sich geht, scheint einer näheren Zergliederung hinsichtlich des Einflusses von dazwischen liegender Zeit und Raum und der nöthigen Mittelspersonen bedürftig; es wird demnach gefragt:

1) Wem steht das Eigenthum an einem abgesandten Briefe zu?
2) Wem steht überhaupt ein Klagrecht wegen verloren gegangener oder gemißbrauchter Briefe zu?
3) Kann auch ein Eigenthum an Geisteswerken angenommen werden und wie weit ist dasselbe dem Verfasser und Verleger von literarischen oder Kunsterzeugnissen gesichert?
4) Steht einem Dritten ohne Zustimmung des Professors die Herausgabe und das Verlagsrecht der von Jenem gehaltenen Vorträge zu, und gründet ein solches Unternehmen für den academischen Lehrer ein Klagrecht auf Schadenersatz?
5) Ist es erlaubt, Briefe, die von dritten Personen herrühren, drucken zu lassen?

Zu 1) Der Brief wird nicht anders und nicht eher Eigenthum des Adressaten, als wenn er entweder ihm selbst, oder seinen Bediensteten oder Beauftragten**) übergeben worden ist, l. 65. pr. D. 41. 1. — allemal jedoch unter der Voraussetzung, daß der Sender des Briefs sich nicht dessen Rücksendung vorbehalten hat, l. 14. § 17. D. 47. 2. Hier wie überall ist zum Erwerb des Eigenthums Tradition und animus acquirendi erforderlich, Sell im civilist. Archiv Bd. XXI. S. 130.

---

*) Vergl. Schröter das Eigenthum im Allgemeinen und das geistige Eigenthum insbesondere. Breslau 1840.

**) Auf die Wissenschaft des Adressaten von der erfolgten Uebergabe in den beiden letzten Fällen kommt es bei der Besitzerwerbung durch Stellvertreter nicht an; § 5. J. 2. 9. — l. 1. C. 7. 32. — l. 34. § 1. l. 49. § 2. D. 41. 2. — l. 13. pr. l. 20. § 2. l. 53. D. 41. 1., jedoch muß, weil animus und factum zum Besitzerwerb sich vereinen müssen, mein Wille, den Brief anzunehmen, erst noch hinzukommen, wenn er in meiner Abwesenheit in meiner Behausung bei den Meinigen niedergelegt worden ist, Sell im Archiv für civil. Praxis Bd. XXI. S. 130.

So lange also der Adressat den Brief noch nicht empfangen hat, bleibt er Eigenthum des Absenders, l. 43. § 1. D. eod. Damit stimmt auch die Praxis der Postanstalten überein, indem ein bereits aufgegebener Brief unterwegs wieder zurückgenommen werden kann, wenn der Zurückfordernde beweist, daß er der Aufgeber war, was durch Vorzeigung des Petschafts und eines Duplicats der Adresse von der nämlichen Hand zu geschehen pflegt. *) Der Brief kann daher auch nicht Eigenthum des Adressaten werden, wenn der Absender vor der Ueberlieferung gestorben, mithin sein Mandat durch den Tod vor dem Vollzug erloschen ist, l. 2. § 6. D. 39. 5. Doch ist dies nur mit der Modification anzunehmen, daß der Mandatar bei der Uebergabe schon den Tod seines Mandanten gewußt habe, l. 33. D. 41. 2. — si id fecerit, priusquam sciret,

*) Hieraus dürfte auch folgen, daß nur dem Aufgeber oder Adressanten und nicht dem Adressaten eines Briefs oder Packets ein eigenes Recht zustehe, die Ausantwortung desselben gegen den Boten oder die Post, oder, wenn dieselbe nicht möglich ist, den Ersatz des verursachten Schadens klagbar zu verfolgen. Die entgegengesetzte — obwohl von dem Gerichtshofe im betreffenden Fall nicht adoptirte — Meinung sucht zwar Höpfner im civilist. Archiv Bd. XXXVI. S. 119. damit zu rechtfertigen, daß der zwischen dem Absender und dem Boten oder der Post geschlossene contractus mandati vel locati conducti in favorem des Adressaten geschlossen worden sey, daher dieser tertius nach den Grundsätzen des heutigen Rechts auch ein Recht habe, auf Erfüllung jenes Vertrags zu klagen, und daß er überdem durch die Adresse als Cessionar des Adressanten erscheine. Dagegen beruft sich Karstens ebend. Bd. XXXVII. S. 199. zur Widerlegung auf die Postgesetze und Gebräuche, welche die Post immer nur dem Absender verantwortlich machen, weist die Voraussetzung, daß die Aufgabe eines Briefs oder Packets in favorem des Adressaten geschehe, als willkührlich und in vielen Fällen unzutreffend zurück, und erkennt die Unterstellung einer Cession in der Adresse deswegen nicht an, weil eine Cession nur dann perfect seyn würde, wenn der Brief wirklich in die Hände des Adressaten gekommen wäre. Auch die Ansicht Sell's im civilist. Archiv Bd. XXI. S. 143., cf. l. 6. § 2. l. 24. D. 3. 5., daß die Leistung der Post in Beziehung auf den Adressaten als negotiorum gestio zu betrachten sey, wird aus dem Grunde verworfen, weil die Post, wenn diese Ansicht gegründet wäre, berechtigt seyn müßte, wenn der Adressat die Annahme der Postsendung verweigerte, eventualiter gegen diesen mit der act. neg. gest. contraria auf Bezahlung des auf der Postsendung haftenden Portos zu klagen. Die Post kann sich aber bekanntlich nur an den Aufgeber in diesem Falle halten. Der Adressat kann unmöglich ein Recht auf Ausantwortung eines Gegenstandes haben, der noch Eigenthum eines Andern ist, der abgesandte Brief ist aber in der Zwischenzeit zwischen Aufgabe und Ueberlieferung immer noch Eigenthum des Absenders, weil derselbe ihn jederzeit wieder zurückziehen kann.

dominum mortuum esse, aut non prohibentibus heredibus, recte possessio tradita erit. Sed si id fecerit, cum sciret dominum mortuum, aut sciret, heredes id facere nolle, contra erit.

Bemerkenswerth scheinen folgende Fälle: Ein von A. geschriebener Brief an B. war von A. seiner Haushälterin, der C., mit den Worten übergeben worden: „Das gibst Du dem B., das Inliegende erhältst Du von B.“ Kurz darauf starb A., während der Brief in der Hand der C. noch war, welche ihn gerichtlich deponirte; des A. Erben widersprechen der Ausantwortung an irgend einen Andern, als sie, die Erben, weil die C. mandataria des A., mithin, wegen l. 58. D. 17. 1., sie, die Erben, nach l. 14. § 17. D. 47. 2. Eigenthümer des Briefes seyen. Allein das A. Ger. in Dresden nahm 1832. an, wegen des Schlußsatzes obiger Anordnung des A. müsse die Ausfolgung des Briefs an B. gemäß der l. 65. pr. D. 41. 1. geschehen, s. Wochenbl. f. Rechtsf. 1844. S. 148.

Demselben Tribunal lag 1844. der Fall vor, daß eine Wittwe eine ihr von ihrem Manne gemachte donatio inter vivos aus einem an sie gerichteten und dahin, daß sie den Inhalt für sich annehmen sollte, lautenden Briefe, worin das Document über ein activum lag, und den sie nach des Mannes Tode in dessen Pult versiegelt fand, ableiten wollte; ihr ward entgegen gehalten: es fehle die Acceptation, und bloße Adressirung eines Briefes sey keine Uebergabe, l. 15. D. 17. 1. — l. 12. § 2. l. 34. § 3. D. 46. 3. — l. 17. § 1. D. 17. 1. — s. Hasse im Rhein. Mus. Bd. II. S. 372., Wochenbl. f. Rechtsf. 1844. S. 356.

Zu 2) Wenn gleich diesem nach, so lange der Brief vom Adressaten noch nicht empfangen ist, die Gefahr des Verlusts den Aufgeber trifft, und nur von ihm der verloren gegangene oder auch unterschlagene Brief als Eigenthum vindicirt werden kann, so steht doch ein Recht an dem Briefe oder in Beziehung auf denselben Jedem zu, welcher ein Interesse daran hat, daß der Brief seine Bestimmung erreiche. Für alle Fälle eines versirenden Interesse ist unter mehrfachen Exemplificationen desselben in l. 14. § 17. D. 47. 2. verb. Quis ergo furti aget? Is, cujus interfuit, eam non subripi, die actio furti gegeben, welche h. z. T. wenigstens auf das einfache Interesse stattfinden dürfte, — wenn man aber mit Sell l. c. die Pönalklagen als gänzlich abgeschafft betrachten dürfte, so würde der durch die Entwendung des Briefs Beschädigte die actio de dolo auf Restitution oder Leistung des Interesse anstellen können; auch kann Derjenige, an welchen der Brief gerichtet



war, sich vom Absender die Klagen auf dessen Wiedererlangung cediren lassen, Sell l. c.

Zu 3) Diese Frage findet nun ihre unzweifelhafte Beantwortung in dem Beschluß der deutschen Bundesversammlung vom 9. November 1837. und vom 19. Juni 1845.*) welcher in einzelnen deutschen Ländern auch eigene Gesetze herbeigeführt hat. Vorzüglich bemerkenswerth sind die in Oesterreich, Preußen, Bayern, Sachsen, Würtemberg ꝛc. erschienenen Gesetze. Um so überraschender ist eine Erscheinung der neuern Zeit: „der Nachdruck ist nicht rechtswidrig, eine wissenschaftliche Erörterung des den versammelten Ständen des Königr. Sachsen am 4. Novbr. 1842. vorgelegten Entwurfs der Rechte an literarischen Erzeugnissen ꝛc. von Dr. L. Höpfner. Leipz. 1843." Der mit scharfen Waffen polemisirende Verf. gibt jedoch zu, daß der Nachdruck unmoralisch sey und aus Gründen der Politik verboten werden müsse. Die frühere Literatur betr. siehe besonders Rössig Buchhandelsrecht. Leipz. 1804. S. 194., Krause über Büchernachdruck. Stuttg. 1817., Krug Schriftstellerei, Buchhandel und Nachdruck. Leipz. 1803., Zachariä Vierzig Bücher vom Staat Bd. III. S. 150., Kramer die Rechte der Schriftsteller und Verleger. Heidelberg 1827., Griesinger der Büchernachdruck aus dem Gesichtspunkte des Rechts und der Moral. Stuttg. 1822., Schmidt der Büchernachdruck. Jena 1823., Weiske Handb. des allgem. deutsch. Gewerbsrechts § 288. ꝛc. (Leipz. 1839.), Gastambide Traité theor. pract. des contrefaçons en tout genre, ou de la propriété en matière de littérature. Paris 1837. — Ein interessanter Fall findet sich in v. Langenn u. Kori's Erörter. Bd. II. S. 227. über die Frage: „ist es einem Dritten erlaubt, den Text eines bereits edirten Buches, welches den Abdruck eines Manuscr. enthält, zu dessen Entzifferung wissenschaftliche Thätigkeit erforderlich war, durch den Druck zu vervielfältigen?" Die Veranlassung gab eine bei Hartmann in Leipzig 1824. erschienene Ausgabe der Institutionen des Gajus, welcher indeß nicht alle eigenthümliche Bearbeitung abzusprechen war, und welche wenigstens das nicht wieder abdruckte, was ganz unmittelbare Production der ersten Herausgeber war. Der Verleger der ersten von der königl. Academie der Wissenschaften veranstalteten Ausgabe (Berlin bei Reimer 1820.) trat gleichwohl gegen Hartmann klagbar auf, wurde aber vom königl. sächsischen Appellationsgericht nach Instruction der Sache abgewiesen.

*) Vergl. die Lehre vom Nachdruck nach den Beschlüssen des deutschen Bundes, dargestellt von Jolly im Beil. Heft z. civilist. Archiv Bd. XXXV. ferner auch Bundesbeschl. v. 6. Nov. 1856., s. Bayr. Rg.Bl. no. 57. v. 23. Dec. 1856.

Zu 4) Die Verwerfung des eigenmächtigen und in der gegebenen Bestimmung der Lehrvorträge nicht begründeten Gebrauchs derselben zu einem pecuniären Gewinn fließt aus denselben Gründen, aus welchen Jeder, der ein Werk der Wissenschaft oder Kunst ohne Einwilligung seines Urhebers, dessen Erben, oder Anderer, welche die Rechte des Urhebers erlangt haben, durch Vervielfältigung mittelst Druckes oder auf andere Weise in dem Publikum bekannt macht, ohne dasselbe zur eigenthümlichen Form verarbeitet zu haben, dem Berechtigten zum Schadenersatz wegen unerlaubter Handlung verbunden ist. Indem nämlich dem Schüler gegen bestimmtes Honorar nur gestattet ist, sich die Lehrvorträge eigen zu machen, überschreitet er die Grenzen des Erlaubten, wenn er auch das Recht des Lehrers, auf jede andere Art aus den, nur einem bestimmten Kreis mitgetheilten wissenschaftlichen Ergebnissen Gewinn zu ziehen, sich zueignet. Nach diesen Grundsätzen wurde von dem k. b. Oberappel. Ger. in einem, dem Gesetz vom 15. April 1840. vorangegangenen Fall entschieden*), Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanw. Bd. VI. S. 188. Dieses Gesetz überhebt nun für die Zukunft in Bayern alles Zweifels durch die Bestimmung des Art. I. „Erzeugnisse der Literatur oder der Kunst dürfen ohne Einwilligung des Urhebers, seiner Erben oder Rechtsnachfolger, weder veröffentlicht, noch ohne daß ein solches Erzeugniß zu eigenthümlicher Form verarbeitet worden, nachgebildet, noch auf mechanischem Wege vervielfältigt werden."

„Als Erzeugnisse der Literatur sind auch mündliche Vorträge anzusehen, welche absichtlich zum Zwecke der Belehrung oder des Vergnügens gehalten werden."

Zu 5) Wenn die Absicht, unter welcher ein Rechtsgeschäft eingegangen ist, als das wichtigste Moment zur Beurtheilung anerkannt werden muß, so darf man wohl dem Grundsatz, daß der Erwerb des Eigenthums an einem auf redlichem Wege empfangenen Brief für den Empfänger unbezweifelt feststeht, hier die Modification beifügen, daß immer

---

*) Eben so in Frankreich ein gleicher Fall, s. Moniteur 1836. no. 158. Entgegengesetzt früher in Bayern durch zwei Instanzen, vornehmlich aus dem Grunde, weil nur in seltenen Fällen angenommen werden könne, daß der Lehrer eine Selbstherausgabe seiner Dictaten beabsichtige, in Ermangelung eines ausdrücklichen Vorbehalts aber der Inhalt seiner Vorlesungen aufhöre, sein Eigenthum zu seyn, und ihm nur nach Maßgabe einer der ersten Bekanntmachung seines Geistesproducts beigefügten Beschränkung ein Verbot weiterer Verbreitung zustehen könne, Seuffert und Glück l. c. Bd. I. S. 335.

eine Präsumtion dafür spreche, daß das Gebrauchsrecht auf Privatkreise beschränkt seyn soll, weil gerade durch die Absendung eines verschlossenen Schreibens der Autor zu erkennen gibt, daß er den Weg der Oeffentlichkeit vermeiden wolle. Nur mit Einwilligung des Schreibers oder seiner Erben können demnach Privatbriefe zum Druck befördert werden, v. Jäger im Rechtslex. Bd. II. S. 487.

---

§ 6. Gegenstände, welche wegen der Regalität vom Privateigenthum ausgenommen sind.

Bekanntlich ist die Sphäre des Privateigenthums durch die Regalität verschiedener Gegenstände beschränkt. Nach dem eigentlichen Begriff von Regalität, unterschieden vom Staatseigenthum — denn die Hoheitsrechte (jura regia, majestatica, regalia) können niemals aus dem Eigenthum, sondern nur aus der Staatsgewalt fließen — und nach Vernunftrecht kann das Recht der Oberherrschaft oder der Inbegriff der oberherrlichen Rechte zu dem Zwecke des Staats, indem er sich über Personen und Sachen erstreckt, in beiden Beziehungen nur eine negative Wirksamkeit behaupten, indem sie in der ersteren die persönliche Freiheit der Einzelnen, in der letzteren aber den Gebrauch der Sachen in so weit bedingt und beschränkt, als das allgemeine Interesse und der Zweck der Staatsverbindung es erforderlich macht. — Ohne Ungerechtigkeit können den Staatsbürgern Befugnisse nicht entzogen werden, von welchen nicht evident ist, daß deren Besitz in ihrer Hand, oder in der Hand jedes Einzelnen ohne Unterschied, dem Staatszwecke wesentlich und nothwendig widerspreche, s. Fichte Grundlage des Naturrechts Thl. II. S. 20. In der Praxis hat sich nun freilich dieses Princip nicht rein und nicht gleichförmig gestaltet. Selbst der Begriff von Regalien wird verschieden aufgefaßt, indem die Einen die Hoheitsrechte des Staats bestimmt von den Regalien unterscheiden, Andere aber einen gemeinschaftlichen Begriff für Beides setzen, und dann zwischen regalia essentialia s. majora (d. i. den schon im Begriff des Staats liegenden) und accidentalia s. minora (solchen nämlich, welche dem Staate nur zufällig, aus einem besonderen Erwerbsgrunde, mithin nur bedingungsweise oder unter besonders festgesetzten Verhältnissen zustehen) unterscheiden, womit dann auch die Eintheilung in verleihbare und nicht verleihbare Regalien zu-

sammenhängt.*) Unter jenen — den verleihbaren — und insbesondere den benutzbaren (Finanz- und Kammerregalien) treten besonders häufig solche hervor, welche ursprünglich blos Ausflüsse des Eigenthums waren, während doch wahre Hoheitsrechte nur aus der Staatsgewalt, nie aus dem Eigenthum fließen können. Offenbare Verwechslung zwischen Staatshoheit und Staatseigenthum vermehrte das Dunkel in Worten und Begriffen, s. Danz Handb. des deutsch. Privatr. § 101 b. Aus diesen allgemeinen Gesichtspunkten lassen sich folgende Fragen beantworten:

1) Wenn Streit entsteht, ob ein Gegenstand zu den s. g. nutzbaren Regalien oder zum Privateigenthum gehört, oder wenn über den Umfang eines Regals gestritten wird, z. B. ob das Bergregal auch das Recht auf Torf, Steinkohlen, Eisensteine u. dergl. involvire, — ob unter dem Salzregal auch Salzquellen begriffen seyen 2c., wem liegt dann der Beweis ob?
2) Kann der Besitzer eines verleihbaren Regals sich gegen den Fiscus, wenn er mit ihm darüber in Contestation geräth, possessorischer Rechtsmittel bedienen?
3) Da verleihbare Regalien bald ausschließend, bald mit Vorbehalt, daß die Staatsregierung das fragliche Regal daneben ausübe, conferirt werden, daher die Eintheilung in privative und cumulative entstanden ist, so fragt sich bei unbestimmten und zweifelhaften Verhältnissen, wofür die Vermuthung streite? So auch
4) wenn bei einem Jemandem vom Staat verliehenen Regal mehrere Abstufungen vorkommen, ist dann dasselbe im Zweifel nach seinem höchsten oder niedrigsten Umfang zu nehmen?

Zu 1) Die Art und Weise, wie die Regalien sich in Deutschland gebildet haben, ist von der Art, daß in den Fällen, wo es wirklich zweifelhaft ist, ob etwas zu den Regalien gehöre, nicht leicht eine Vermuthung für diese Eigenschaft aufgestellt werden kann. Wenn von ur-

*) Die mehrfachen Eintheilungen der Regalien s. Klüber öffentl. Recht des deutschen Bundes § 99 2c. Für unsere Ansicht spricht auch Zöpfl in den Grundſ. d. allgem. u. d. constitutionell-monarchisch. Staatsr. § 60.: „Das philosophische Recht kann keine anderen Hoheitsrechte aufzählen, als nur wesentliche, s. g. regalia essentialia, immanentia s. majora.“

sprünglichen Ausflüssen des Privateigenthums die Frage ist, streitet insbesondere immer die Rechtsvermuthung wider den Regenten oder fiscus, wenn er sie als Staatshoheitsrecht in Anspruch nimmt, Klüber öffentl. Recht d. deutsch. Bundes § 355., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. § 101 b. Dasselbe gilt auch von dem Umfang des Regals.

Beim Bergregal z. B. läßt sich positiv nur annehmen, daß Metalle und Steinsalz*) darin begriffen seyen. Von den übrigen Fossilien, rücksichtlich deren von jeher die größte Verschiedenheit der Gebräuche in den einzelnen Gegenden Deutschlands obwaltete (s. Mittermaier im deutschen Privatr. § 244. u. im civilist. Archiv Bd. XXIII. S. 132., Weiske Rechtslex. Bd. I. S. 943. voc. Bergrecht), läßt sich dies nicht behaupten, insbesondere nicht vom Torf, wie sanst wohl Manche anzunehmen pflegten, s. Pütter Erörter. Bd. III. S. 51. und 58., Beckmann Beiträge zur Oekonomie St. XI. no. 1. § 15. — Dagegen sich für die Eigenschaft einer Zugehörung des Grundeigenthums erklären: Runde deutsch. Privatr. § 163., Häberlin Handb. d. Staatsr. § 371., Hagemann Landwirthschaftsr. § 139. Eben so wenig Stein= und Braunkohlen, s. Hagemann l. c. § 140., Struben rechtl. Bedenken Bd. II. no. 77. § 3., v. Gönner Rechtsfälle Bd. II. no. 17., auch nicht Stein= und Marmorbrüche, Kalk=, Schiefer=, Kreide=, Lehm=, Porzellan= und Walkererdgruben, s. Hagemann l. c. § 141., v. Berg jurist. Beobachtungen rc. Thl. II. no. 28., Leist Lehrb. d. deutsch. Staatsr. § 220. und eben so wenig Mineralquellen, Leist l. c., Struben l. c. Thl. II. no. 77., Danz l. c. § 163. — Ausnahmen können daher nur durch Particulargesetze und Observanzen begründet werden.

Zu 2) S. oben Kap. I. § 4. Fr. 4.

Zu 3) Für die privative Verleihung streitet die Rechtsvermuthung, s. Klüber l. c. § 102. — Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatr. § 266.

Zu 4) Da Veräußerungen nicht vermuthet werden, so ist im Mangel deutlicher Bestimmung gegen Den, der das nicht deutlich ausgedrückte Mehrere will, zu interpretiren, und nur die niedere Gattung als verliehen anzunehmen, s. Eichhorn l. c., Schnaubert Commentar zu Böhmer's Lehenrecht § 64.

---

*) Vid. Aurea Bulla Cap. IX. § 1. universas auri et argenti fodinas atque mineras stanni, cupri, plumbi, ferri et alterius cujuscunque metalli, ac etiam salis.

§ 7. Vom Privateigenthum*) überhaupt und den dabei vorkommenden gesetzlichen und vertragsmäßigen Beschränkungen,**) insbesondere dem bedingten oder widerruflichen, vollen und getheilten Eigenthum; dominium solitarium und condominium.

1) Ist der Käufer, wenn entweder die Sache oder die Person des Verkäufers bei Vermeidung der Nullität mit einem Veräußerungsverbot belegt war, alles Anspruchs verlustig?
2) Ist Derjenige, welcher gegen ein Veräußerungsverbot veräußert hat, selbst seine Veräußerung anzufechten und das Veräußerte zu vindiciren berechtigt?
3) Wird durch ein erst nach geschlossenem Kauf eingetretenes Veräußerungsverbot der noch nicht durch Uebergabe erfolgte Vollzug verhindert?
4) Gilt ein Vertrag schlechthin, durch welchen man sich gegen den Andern der Veräußerungsfreiheit begeben hat?
5) Gewährt ein vertragsmäßiges Veräußerungsverbot auch Ansprüche gegen den Dritten, an welchen vertragswidrig veräußert wurde?
6) Hat das pactum reservati dominii, durch welches sich die Verkäufer bei noch nicht ganz bezahltem Kaufschilling gewöhnlich ihr Recht an der Sache zu salviren bemüht sind, auch gegen einen dritten Besitzer Wirksamkeit, und folgt daraus gegen diesen, oder auch im Concurs des Käufers ein Vindicationsrecht?
7) In wie fern gilt ein testamentarisches Veräußerungsverbot?
8) Kann Derjenige, zu dessen Gunsten der Testator einem Honorirten, gegen Verschaffung eines gewissen Vortheils, die Veräußerung seiner eigenen Sache verboten hat, die gegen dieses Verbot veräußerte Sache auch vom dritten Besitzer vindiciren?

---

*) Ueber den durch das neueste Justinianische Recht, l. 1. un. C. de nudo jure Quiritium tollendo (7.25.), hinwegfallenden Unterschied zwischen bonitarischem und quiritarischem Eigenthum, s. vorzüglich v. Vangerow Pand. I. S. 475. gegen Zimmern im Rhein. Mus. Bd. III. no. 19., ferner Unterholzner daselbst Bd. V. S. 1., Meyer über das duplex dominium d. R. R. in d. Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. VIII. S. 2.

**) Alle jura in re sind solche Beschränkungen durch Privatdispositionen. Die Eigenthums-Beschränkungen in Beziehung auf nachbarliche Verhältnisse sind bereits oben im § 1. und 2. erörtert worden.

9) In welchen Verhältnissen kommt ein getheiltes Eigenthum vor?
10) Gibt es auch ein condominium plurium in solidum?
11) Was wird unter einer communio incidens verstanden?
12) In wie weit sind die Rechte der Miteigenthümer gegenseitig beschränkt?

Zu 1) Man muß hier wohl unterscheiden zwischen dem Act der Eigenthumsübertragung und dem zum Grunde liegenden Rechtsgeschäft. Eigenthum kann allerdings nicht übertragen werden, wo das Gesetz es bei Strafe der Nichtigkeit verbietet; dominium discedere non potuit, l. 3. l. 8. l. 11. l. 15. l. 16. C. 5. 71., weshalb der rechte Eigenthümer die Sache auch gegen Dritte verfolgen kann.

Das Rechtsgeschäft aber, welches zum Grunde lag — Kauf, Schenkung u. dergl. — bleibt, ungeachtet es den Eigenthumsübergang nicht bewirken kann, gleichwohl nicht immer ohne alle rechtliche Wirksamkeit. Wenn nämlich der Käufer das Veräußerungsverbot nicht kannte, so bleibt ihm gegen den Verkäufer doch noch der Anspruch auf Prästation des Interesse, der Eviction u. dergl., l. 4. l. 6. pr. l. 34. § 2. l. 62. § 1. l. 70. D. 18. 1. — l. 39. § 3. D. 21. 2. — l. 5. § 5. D. 27. 9. — l. 9. C. 5. 71. — l. 4. C. 8. 37. — Nov. 7. c. 5., s. Brandis in Linde's Zeitschr. Bd. VII. S. 181. § 10., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 299. Dies ist besonders in dem Fall ganz unbestritten, wenn der Verkäufer die Unveräußerlichkeit der Sache gekannt hat. Abweichende Meinungen finden sich in folgenden Fällen:

a) wenn beiden Theilen die Unveräußerlichkeit bekannt war, so betrachtet man zwar unzweifelhaft den Contract selbst als völlig wirkungslos, so daß wegen der par turpitudo kein Theil vom andern Entschädigung verlangen kann, Glück P. C. Bd. XVI. S. 48., Lauk in Linde's Zeitschrift Bd. V. S. 10. § 3., Thibaut System d. P. R. § 449. (Ed. 8.) Dagegen im umgewandten Fall, wenn beiden Theilen das Veräußerungsverbot unbekannt war, sind zwar auch Mehrere der Meinung, daß eine obligatio nirgends vorhanden sey, l. 16. pr. l. 22—24. D. 18. 1. Lauk l. c., Thibaut l. c. Mit mehr Recht aber statuiren Andere: der Käufer könne statt der Sache, welche er nicht erhalten kann, wenigstens das Interesse fordern, s. Glück P. C. Bd. XVI. S. 48., und in so fern bleibt also die Hand-

lung keineswegs völlig wirkungslos, l. 70. D. 18. 1. — l. 39. § 3. D. 21. 2. Brandis l. c. S. 181. not. 2. Nach den zuletzt angeführten Gesetzstellen kommt es nämlich immer nur darauf an, ob der Käufer die Unveräußerlichkeit wußte, s. auch l. 4. u. 5. D. 18. 1.

b) In Ansehung der Frage: ob in dem Fall, wo nur dem Käufer die Unveräußerlichkeit der von ihm gekauften und bezahlten Sache bekannt war, dieser nicht wenigstens den bezahlten Kaufschilling condictione sine causa zurückzufordern berechtigt sey? entscheidet Glück im P. C. Bd. XVI. S. 50. verneinend, weil sie die Gesetze Demjenigen versagen, welcher wissentlich eine Nichtschuld bezahlt hat; wogegen Lauk l. c. § 3. not. 4. einwendet: man könne nicht sagen, es sey wissentlich ein indebitum bezahlt worden, indem ja pretium pro re gegeben wurde.

Immer wird übrigens ein für beide Theile verbindendes Veräußerungsverbot vorausgesetzt. So verbindet z. B. ein landesherrliches Ausfuhrverbot blos den Inländer; hier fällt also gegen den Ausländer die Vindication des bereits übergebenen Kaufobjects weg, Glück l. c. S. 47. Mehreres hierüber bleibt dem Obligationenrecht vorbehalten.

Zu 2) Bei dieser überaus streitigen Frage kommen die verschiedenen Arten der Veräußerungsverbote in Betrachtung. Sie sind nämlich entweder:

a) rein objectiv, dergestalt, daß die Sache an sich von Niemand einer Veräußerung unterstellt werden kann; z. B. res divini juris, res sacrae, religiosae, res publicae, — Gifte, Sachen, die zur Unterstützung des Friedens dienlich sind, oder deren Ausfuhr aus andern Gründen verboten ist, — unter gewissen Modificationen auch der Verkauf der Früchte auf dem Halm, und in der Regel wenigstens die Veräußerung eines Lehens; oder so, daß nur die Veräußerung gewisser Gegenstände an gewisse Personen nicht gestattet ist, wie bei dem Veräußerungsverbot an die todte Hand, oder eines Ritterguts an Bürgerliche; oder

b) blos in subjectiver Beziehung, um bestimmter Privatrechtsverhältnisse willen, so daß also eine an sich gar wohl veräußerliche Sache nur in den Händen gewisser Personen unveräußerlich wird. Z. B. die Veräußerung ist verboten: dem Ehemann in Ansehung der Dotalgüter, so lange die Ehe besteht, dem Vater rücksichtlich der bona adventitia regularia seiner Kinder, den Eheleuten überhaupt jede Schenkung unter sich und den Ihrigen, den Vormündern und Pflegern rücksichtlich der Güter der Curanden, Kirchen 2c.,

dem Gemeinschuldner nach eröffnetem Concurs; auch mag hierher noch die verbotene Veräußerung einer res litigiosa gerechnet werden. *)

Im ersten Fall ist

ad a) unbedenklich denjenigen Rechtslehrern beizustimmen, welche daraus, daß das Eigenthum auf den Andern nicht übergehen konnte, die natürliche Folge ziehen, daß dasselbe bei dem ersten Besitzer bleiben, dieser also auch zur Vindication gegen jeden Inhaber berechtigt seyn müsse. Wer anders als der Veräußerer sollte auch — Confiscationsfälle ausgenommen, — hier vindiciren können? Man wendet zwar ein: Niemand dürfe seine eigenen Handlungen anfechten, und l. 17. D. de evict. (21. 2.) sage ausdrücklich: vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli posse summoveri, allein gegen die hierauf allerdings zu gründende exc. rei venditae et traditae geben die Gesetze gleichwohl in dem Fall eine replicatio, si justa causa vindicandi fuerit, s. l. 1. § 5. D. 21. 3. — cf. l. 32. § 2. D. 16. 1., nam etsi tradiderit possessionem, fuerit autem justa causa vindicandi, replicatione adversus exceptionem utetur. Da die Veräußerung kraft des Gesetzes als nicht geschehen zu betrachten und der Privatwillkühr entzogen ist, so kann der Grundsatz: „Niemand dürfe seine eigenen Handlungen anfechten," da, wo das handelnde Subject gar nicht in Betracht kommt, keine Anwendung finden, s. Brandis in Linde's Zeitschr. Bd. VII. S. 183., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 299. not. 1., Leyser Sp. 190. Med. 1., Müller ad Leyser T. II. Fasc. I. Obs. 689. Fälle, in welchen das Vindicationsrecht des Veräußernden entschieden ist, s. l. 31. § 2. l. 36. pr. D. de donat. inter vir. et uxor. (24. 1.) l. 32. § 2. D. ad Sct. Vellej. (16. 1.) l. 3. C. de aleator. (3. 43.) l. 15. l. 16. C. de praed. min. (5. 71.) l. 4. C. de litigios. (8. 37.) l. 1. C. de praed. decur. non alien. (10. 33.) l. 7. C. de agricol. (11. 47.) c. 33. X. de jurejur. (2. 24.) c. 6. X. de reb. eccles. alien. (3. 13.)

*) Abgesehen nämlich von der Streitfrage, ob dieses Verbot des R. R. heut zu Tage noch anwendbar sey, was von Mehreren bejaht wird, s. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VIII. S. 75., mit Thibaut, Mühlenbruch, Schweppe, — Andere verneinen, z. B. Leyser Spec. 518. Med. 1. u. 2., Hommel Rhaps. no. 683., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit 5. § 8, no. 22., Struv. Ex. ad Pand. Lib. 46. ad T. de litig. no. 44.

Damit sind gewiß diejenigen Rechtslehrer widerlegt, welche dem Veräußernden die Reivindication absprechen, wie Thibaut System § 730. (Ed. 8.)*), Seuffert Pandectenr. § 584. not. k., Weber v. d. natürl. Verbindl. S. 351., Lauk in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 9.

Im zweiten Fall

ad b) besteht das Veräußerungsverbot nicht zunächst in Bezug auf die Qualität der Sache, sondern es trifft die Dispositionsfreiheit des Besitzers, und zwar entweder in Rücksicht auf das öffentliche Interesse oder auf die eines besondern gesetzlichen Schutzes bedürftig erachteten Personen; — und daß auch hier überall dem Gesetze Genüge geleistet werden müsse, läßt sich nicht bezweifeln. Es ist daher ganz der Regel gemäß, daß der Verkäufer selbst die gesetzwidrig veräußerte Sache vindiciren kann, wenn es zum Vortheil eines Andern geschieht, um dessen willen die Gesetze die Veräußerung untersagt haben, s. Glück P. E. Bd. XVI. S. 47., Voet Comm. ad Pand. Lib. VI. tit. 1. § 19. Im eigenen Interesse kann er gegen seinen Mitcontrahenten die Sache gegen Erstattung des bezahlten Werths reclamiren, wenn er unwissentlich eine Sache veräußert hat, welche er nicht veräußern durfte, cf. l. 22. l. 23. l. 62. § 1. D. 18. 1., that er es aber wissentlich, so ist es zweifelhaft, ob der Verkäufer da überhaupt nur die Sache vindiciren könne. Glück spricht ihm das Recht dazu ab, indem er sich auf den Grundsatz: „in pari causa melior est conditio possidentis“ beruft, l. c. S. 47. bezüglich l. 2. C. 4. 7. — l. 3. l. 8. D. 12. 5. Dagegen wird aber eingewendet, daß ja dann ein zum Besten des Veräußerers gegebenes Veräußerungsverbot gar nicht realisirt werden könnte, mithin pro non scripto behandelt werde, wenn man nicht ihm selbst die Geltendmachung desselben gestatten würde, Lauk l. c. S. 9., Thibaut System § 730. not. g. — Man verwirrt sich selbst, wenn man von dem für alle Fälle gültigen Grundsatz abweicht, daß eine gegen gesetzliches Verbot**) unternommene Veräußerung

*) Thibaut gesteht jedoch ausnahmsweise dem Veräußerer die Vindication zu, wenn das Veräußerungsverbot seinen Vortheil bezweckt. Ist aber dann nicht noch mehr Grund dazu vorhanden, wenn dasselbe wegen des öffentlichen Interesses oder wegen anderer Personen gegeben ist? s. Brandis l. c.

**) Welchem das richterliche gleich steht, weil es dem Gesetz entnommen ist, s. l. 12. D. 41. 3., v. Vangerow l. c., Brandis l. c. S. 194., v. Wening-Ingenheim in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 362.

als nicht geschehen zu erachten, mithin das Subject des Eigenthums unverändert geblieben sey, l. 3. l. 11. l. 15. l. 16. C. 5. 71. — l. 5. C. 8. 28., alienatio proprietatis tuae jus non aufert.

Bei nicht insinuirten* Schenkungen gesteht Thibaut im System d. Pand. R. § 562. (Ed. 8.) dem Schenker selbst das Rückforderungsrecht, welches nach l. 34. § 2. C. 8. 54. auch zur Vindication führen kann, zu, indem er annimmt, daß dieses Verbot gegeben sey, um Betrügereien zum Nachtheil dritter Personen zu verhindern. — So wenig man mit dem angegebenen Grunde übereinstimmen kann, vergl. Marezoll in Linde's Zeitschrift Bd. I. S. 11—16., so unzweifelhaft ist doch der Grundsatz selbst, s. v. Savigny System d. h. R. R. Bd. IV. S. 218. — Bei Lehensveräußerungen ist in II. F. 26. § 18. entschieden, daß der Veräußerer, wenn er im guten Glauben war, nämlich nicht wußte, daß das Object Lehen sey, selbst vindiciren könne. Bei Familienfideicommissen geschah die Veräußerung entweder aus Noth wegen dringender Schulden, dann besteht sie wenigstens bis an den Tod des veräußernden Besitzers, bei einer freiwilligen Veräußerung hingegen fällt das veräußerte Fideicommiß sogleich an den nächsten der Familie, s. l. 69. § 1. u. 3. l. 77. § 27. D. de leg. II. (31.) Glück l. c. S. 53. Ob dem Ehemann in stehender Ehe die Reivindication des von ihm gesetzwidrig veräußerten fundus dotalis zustehe, wird zwar von Manchen geläugnet, s. Wening-Ingenheim Lehrb. d. P. R. § 341. (Ed. 8.), Stryck Us. mod. L. 23. tit. 5. § 7., Leyser Med. Sp. 311. M. 6. u. 7., von den Meisten aber in Uebereinstimmung mit obigen Grundsätzen bejaht, s. Glück P. C. Bd. XXV. S. 402—404. und die von ihm angeführten Autoren, Voet, Lauterbach, Stryck, Hofacker, Malblanc. Zuweilen kann aber das Anfechtungsrecht des Veräußerers wegfallen ex convalescentia actus, z. B. wenn der Ehemann, welcher den fundum dotalem veräußerte, nach getrennter Ehe dotem selbst lucrirt, s. Glück l. c. S. 402., oder wenn der Vormund, welcher die Sache des Pupillen ungültig veräußert hat, selbst dessen Erbe geworden ist, arg. l. 17. D. 23. 5. — l. 42. D. 41. 3. Brandis l. c. S. 190., Thibaut System d. P. R. § 419. (Ed. 8.), Glück P. C. Bd. XXIII. S. 98.

Zu 3) Allerdings; s. l. 23. D. 18. 1. Leyser Sp. 190. Med. 4., Glück P. C. Bd. XVI. S. 51. Man kann dies nicht für eine Rückwirkung des Gesetzes ansehen, weil das, worauf das Gesetz angewendet wird, und was es verhindern will, erst vor sich gehen soll, s. Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze S. 123. no. 56.

Zu 4) Es gilt nur dann, wenn Derjenige, welcher die Unveräußerlichkeit stipulirt, ein Interesse daran hat, daß der Gegenstand nicht veräußert werde; außerdem ist ein Vertrag nichtig, durch welchen mir die Freiheit, mein Eigenthum zu veräußern, benommen werden soll. Nemo efficere potest, ne vicino invito praedium alienet, l. 61. D. 2. 14. — l. 6. D. 8. 41. — l. 15. l. 19. D. 8. 1. — Glück P. C. Bd. XVI. S. 54. Beispiele eines wirklichen Interesse, mithin des Erlaubtseyns des pacti de non alienando, s. l. 78. § 2. D. 20. 5., wenn der Pfandgläubiger sich bedungen hat, daß der Schuldner nicht ohne seine Einwilligung die verhypothecirte Sache verkaufen dürfe; hier hat auch der Pfandgläubiger ein Separationsrecht, wenn der Käufer des Pfands in Concurs geräth, s. Glück l. c. S. 56., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 299. not. 3. lit. b. Desgleichen, wenn der Verkäufer nur unter dieser Bedingung verkauft hat, l. 48. D. 2. 14.

Zu 5) Die Meinungen hierüber sind verschieden. Manche Rechtslehrer bejahen sie schlechthin; s. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 891. bezüglich l. ult. C. 4. 54. — l. 3. C. 4. 6., Thibaut desgl. in den früheren Ausgaben seines Systems d. P. R. § 584., welcher aber selbst in der 8. Ausg. § 730. diese Meinung für irrig erklärt, welche auch von den Neuern meistens verworfen wird, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 119., Mühlenbruch Doctr. Pand. § 378., Schweppe R. Privatr. § 226 a. Die l. 3. C. 4. 6. gibt ja ausdrücklich nur eine Condiction, mithin eine persönliche Klage, und daraus, daß aus der l. ult. C. 4. 54. sowie aus l. ult. C. 4. 51. die Gültigkeit des vertragsmäßigen Veräußerungsverbots hervorgeht, folgt noch nicht, daß sich die Wirksamkeit auch gegen Dritte erstrecke. Am vollständigsten und gründlichsten ist dies von Lauk in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 12. § 5. erörtert. Am sichersten ist mit v. Vangerow Pand. Bd. I. § 299. not. 4. lit. c. anzunehmen: eine einfache Stipulation von Seite des Verkäufers de non alienando kann nur eine persönliche Klage gegen den Käufer begründen, war sie aber als Resolutivbedingung beigefügt, so ist sie auch gegen den Dritten wirksam. — Glück P. C. Bd. XVI. S. 66. no. 2. — cf. Stryck de cautel. contract. Sect. I.

cap. 3. § 32. u. 33. — stimmt hiermit überein, nimmt aber noch zwei Ausnahmen an:

a) Wenn sich der Verkäufer auf den Fall der Nichterfüllung des Vertrags eine Hypothek auf der Sache vorbehalten hat. Nach dieser Ansicht wäre aber eigentlich nur von der hypothekarischen Klage die Rede. Derselbe Fall tritt ein, wenn der Pfandgläubiger mit seinem Schuldner paciscirt hat, daß dieser nicht ohne seine Einwilligung das Pfand veräußern dürfe, was für Ersteren wegen des außerdem dem dritten Besitzer zustehenden beneficii excussionis und auch für das Separationsrecht von Wichtigkeit seyn kann. Hier ist das pactum de non alienando dem Pfandrecht, mithin einem Realrecht angehängt und afficirt dadurch die Sache selbst, weshalb es auch jeder dritte Besitzer anerkennen muß, s. Lauk l. c. S. 13.

b) Wenn der Dritte wußte, daß die Sache wegen jenes Vertrags nicht habe verkauft werden dürfen; denn da hafte der Dritte ex dolo. Dagegen aber wendet Lauk l. c. ein: der Dritte stehe ja mit dem einen der beiden Paciscenten (nämlich dem Promissar) in gar keinem Verhältniß; Derjenige, welcher sich die Nichtveräußerung stipulirt hat, könne sich auf diese res inter alios acta nicht gegen den neuen Käufer berufen, um ihn durch dieselbe in dolum zu versetzen. Das Preuß. allgem. Landr. Thl. I. Tit. 4. § 17. nimmt jedoch an: „auch ein Dritter, welchem derlei Privatverfügung (wodurch eine Sache dem Verkehr entzogen worden) bekannt geworden ist, darf derselben nicht entgegenhandeln," und fordert dabei stricten Beweis dieser Wissenschaft, für welche übrigens durch Vormerkung im Hypothekenbuche gesorgt wird.

Zu 6) Die ältere, aber neuerlich noch in der juristischen Zeitung f. d. Königr. Hannover v. J. 1831. no. 10. vertheidigte Ansicht, daß das pact. reserv. domin. für nichts anders angesehen werden könne, als für den Vorbehalt einer speciellen und zwar privilegirten Hypothek, s. Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 5. § 7. not. 6., hat sich nirgend Beifall erwerben können, da Hypothek und Eigenthum doch offenbar zweierlei Dinge sind. Bleibt man demnach den Worten getreu, so sollte man nicht glauben, wie sehr dennoch über Sinn und Bedeutung gestritten werden konnte. Die Sache wurde dadurch schwierig, daß Manche dafür halten, man könne dieses Reservat ebensowohl als eine Resolutiv-, als wie eine Suspensivbedingung betrachten. Glück P. C. Bd. XVI. S. 229., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. § 125.

und noch Andere suchten zu beweisen, daß das p. r. d. in der Eigenschaft einer Suspensivbedingung gar nicht, sondern nur als Resolutivbedingung denkbar sey, s. Müller in der civilist. Abhandl. no. 1. und im civilist. Archiv Bd, XII. no. 13., vergl. Hofmann im civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 254. Der Unterschied ist in beiden Fällen bedeutend, weil im Fall einer Resolutivbedingung das Eigenthum an den Käufer übergeht, folglich der Verkäufer keine Vindication anstellen kann, wenn nicht anders ein Rückfall*) stipulirt wurde, dieses bloße Recht auf Rückerwerbung aber den Eigenthumserwerb und folglich die Dispositionsbefugniß des Käufers nicht ausschließt, Glück P. C. Bd. XVI. S. 231. „Im Fall eines dominium revocabile" — sagt Thibaut im System d. P. R. § 725. (Ed. 8.) — „kann in der Regel nach „Existenz des den Widerruf begründenden Thatumstandes nur das vom „Empfänger abgefordert werden, was er noch besitzt, keineswegs ist aber „eine Vindication gegen den dritten Besitzer zulässig. Soll die letzte „stattfinden, so muß durch Gesetze oder Verträge ausgemacht seyn, daß „unter den gegebenen Umständen die Uebertragung als von Anfang nichtig „angesehen werden solle." Der ganz natürliche Sinn des pacti res. dom. ist gewiß der, daß der Tradent sein Eigenthum nicht eher von sich lassen wolle, als bis ihm der Kaufschilling vollständig bezahlt worden seyn werde. Hierdurch wird also der Eigenthumserwerb auf Seite des Käufers aufgeschoben. Man darf diese Bedeutung auch ohne Zweifel durch den usus als begründet annehmen, s. Gensler im civilist. Archiv Bd. II. S. 291., Erk. d. O. A. G. in Dresden im Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle 1852. S. 179., s. auch Bd. III. Kap. IX. § 5. not.* dieses Werks, und die, wenn gleich sehr scharfsinnige Exposition der entgegengesetzten Meinung Müller's als genug widerlegt betrachten von Duncker im Rhein. Museum Bd. V. S. 65., Geyso in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 161. u. v. Vangerow Pand. Bd. I. § 311. not. 2. Von selbst versteht es sich übrigens, daß das Reservat nach schon bewirkter Tradition nicht mehr Platz greifen könne; doch läßt sich auch der Fall denken, daß der Verkäufer tradirt hat, ohne Credit verwilligt zu haben. Dann kann er hinterher Credit mit der Bedingung des reservirten Eigenthums geben, weil dieses dann schon nach den Gesetzen noch

---

*) Zimmern im civilist. Archiv Bd. V. S. 238. will darin nur die Absicht des Verkäufers, einen persönlichen Anspruch gegen den Käufer auf Zurückübertragung der Sache zu erwerben, vermuthet wissen, wogegen Duncker s. oben l. c. bemerkt, daß ja damit der Zweck der Sicherheit ganz verfehlt würde.

nicht auf den Käufer hatte übergehen können, s. Duncker im Rhein. Museum Bd. V. S. 90., Gmelin D. de jure separationis etc. Tubing. 1799. § 3., Schneider D. de validitate et effectu reserv. dom. Goetting. 1753. § 32.

Die Clausula reservati dominii kann jedoch keine rechtliche Wirkung haben, wenn sie mit der Natur des Geschäfts in Widerspruch steht. Z. B. A. verkauft ein Handelsgeschäft mit Waarenvorräthen, mit Vorbehalt des Eigenthums, bis der Käufer die vertragsmäßig acceptirten Tratten eingelöst haben würde. Der Käufer veräußert bald das Geschäft mit den Waaren an einen Dritten. Kann nun gegen diesen eine Vindication stattfinden? Ein Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden verwirft die Vindication; denn das verkaufte Waarenlager hatte die Bestimmung zum weitern Verkauf, durch den Verkauf und die Uebergabe hat der Verkäufer in derartige Dispositionen von selbst gewilligt, der gedachte Vorbehalt ist also als facto contrarium nicht gültig, s. Seuffert Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten Bd. I. H. 3. S. 339.

Zu 7) Ungültig ist es, wenn es ganz allgemein gegeben ist, und als zwecklose Beschränkung der Freiheit des Eigenthums (nudum praeceptum) dasteht, l. 114. § 14. D. de legat. I. (30.), gültig, wenn das Verbot zum Vortheil einer bestimmten Person ertheilt ist; diese kann dann, weil ein solches Verbot implicite ein Vermächtniß für sie enthält, die verbotswidrig veräußerte Sache von dem Dritten klagbar herausfordern, indem hier die Grundsätze vom legato vindicationis eintreten, l. 1. l. 2. C. 6. 45. — l. 88. § 14. D. de legat. II. (31.) — l. 3. § 3. D. 36. 1. — Lauk in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 11.

Ein Testator hatte seinem Erben die Veräußerung desjenigen, was er ihm hinterließe, verboten, und den Grund beigefügt, daß er sich durch dessen ungeregelte verschwenderische Lebensart zu dieser Bestimmung bewogen finde. Die Gläubiger des Erben wollten sich dadurch gleichwohl nicht abhalten lassen, aus den Erbschaftssachen ihre Befriedigung zu suchen, und das O. A. G. in Dresden sprach in einem im Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1850. no. 14. abgedruckten Erkenntnisse zu ihren Gunsten dahin: ist das letztwillige Veräußerungsverbot nicht zum Besten eines Dritten, sondern lediglich im Interesse Desjenigen, dem es ertheilt ist, namentlich des Erben gegeben worden, so ist es dritten Personen gegenüber ohne rechtliche Wirkung.

Diese Entscheidung ist der gewöhnlichen Auslegung der einschlagenden Gesetze l. 114. § 14. D. de legat. I. (30.) l. 38. § 4. l. 93.

pr. D. de legat. III. (32.) l. 7. D. 33. 1. allerdings gemäß. Man könnte zwar versucht seyn, aus l. 114. § 14. cit. zu argumentiren, daß auch ein zum Besten des Erben selbst ausgesprochenes Veräußerungsverbot rechtliche Wirksamkeit habe, indem dieselbe nur dem ohne allen beigefügten Grund ertheilten Veräußerungsverbot, und auch diesem nur mit der Einschränkung versagt ist, nisi invenietur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, hierunter aber um so weniger nur eine persona tertia verstanden werden dürfte, weil es weiter heißt: quodsi *liberis*, aut posteris, aut *heredibus* aut aliis quibusdam personis consulentes ejusmodi voluntatem significarent, *eam servandam* esse, auch l. 7. C. 4. 52. für unbeschränkte Testirfreiheit spricht. Allein ein blos an den Erben, ohne weitere Beziehung gerichtetes Veräußerungsverbot muß nothwendig unwirksam seyn, wenn kein Berechtigter da ist, s. Puchta Vorles. Bd. I. § 145., v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 485. no. 3., Sintenis pr. Civilr. Bd. I. S. 404. Es fragt sich aber hierbei noch, ob dann, wenn, wie im erzählten Fall, ein ausgedrückter Grund und Zweck des Veräußerungsverbots im Testament vorliegt, und zugleich ein Testamentsvollzieher ernannt ist, dieser nicht berechtigt und verpflichtet sey, die ganz der l. 114. § 14. cit. entsprechende, auf das Wohl des Erben, seiner Kinder und Nachkommen gerichtete Absicht des Testirers — in so weit nämlich den Gläubigern diese Beschränkung nicht zum Nachtheil gereicht — aufrecht zu erhalten? Diese Frage möchte wie auch von dem O. A. Ger. in Cassel geschehen, s. Heusser in den Annalen der Justizpflege in Kurhessen Jahrg. III. S. 208. und Seuffert und Glück Bl. f. R. Anw. Bd. XXI. S. 241., allerdings vermöge des diesem Institut zur Grundlage dienenden Princips der Repräsentation des Erblassers durch den Testamentsexecutor zu bejahen seyn, wie Beseler von den Testamentsvollziehern in d. Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. IV. S. 156. weiter ausgeführt hat; vergl. auch l. 71. pr. D. 35. 1. — l. 50. § 1. i. f. D. 5. 3.

Zu 8) Nein; er kann blos sein Interesse von dem Honorirten, welcher gegen das Verbot veräußert hat, fordern. Dieser hat nämlich durch die Annahme des Vortheils sich quasi ex contractu verpflichtet, woraus nur eine persönliche Klage entspringt, Lauk l. c.

Zu 9) Hauptsächlich im Lehensverhältniß; doch hat sich im deutschen Recht der Unterschied zwischen dominium directum und utile auch im Erbzinslehenrecht häufig erhalten, s. Puchta Lehrb. d. Pand. § 122. not. w., während es übrigens nach R. R. keinem Zweifel unterliegt, daß der emphyteuta sowie der Superficiar nur ein jus in re hat,

s. Thibaut Versuche Bd. II. no. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 292. (§ 17.), v. Vangerow Pand. Bd. I. § 302.

Zu 10) Den römischen Rechtsbegriffen widerspricht dieses bekanntlich ganz und gar. Nach deutschem Recht wird es von Mehreren noch behauptet. Ohne Zweifel liegt es den Ganerbschaften und der deutschen Mitbelehnung zum Grunde, s. Eichhorn deutsch. Privatr. § 169., vergl. Meurer v. d. Succession in Lehen- und Stammgüter S. 10 ꝛc., welcher, sowie auch v. Gönner im Archiv für Gesetzgebung ꝛc. Bd. I. S. 163 ꝛc. bei den Familienfideicommissen das Princip eines Gesammteigenthums annimmt. Auch bei der deutschrechtlichen ehelichen Gütergemeinschaft ist dieses Sammteigenthum, condominium pluribus in re *indivisa* ita competens, ut quilibet ejus rei dominium in solidum habeat, sed limitato per concursum alterius condominii exercitio (s. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 909., Scherer verworrene Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft Thl. I. § 1.) von Vielen angenommen, von Andern mehrfach bezweifelt, s. Mühlenbruch Doctr. Pand. § 247. not. 5., Hasse eheliche Gütergemeinschaft § 10. Das s. g. Gesammteigenthum an den Gemeindegütern ist nur uneigentlich so bezeichnet; denn da ist die moralische Person (persona mystica) das Subject des Eigenthums. — Ein Miteigenthum kann übrigens nur in idealen Theilen bestehen; denn an bestimmten Theilen (partibus divisis) findet sich nur ein Einzelneigenthum. Die wissenschaftliche Behandlung dieser Materie s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. § 155., C. R. Runde deutsches eheliches Güterrecht. Oldenburg 1841., L. Duncker Prüfung der Lehre vom Gesammteigenthum. Marburg 1842.

Zu 11) Diejenige, welche unmittelbar aus dem Sachverhältniß entspringt; z. B. unter Miterben, Collegataren, oder aus einer Mehreren conferirten Schenkung, und in den Fällen einer confusio vel commixtio, s. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 903.

Zu 12) Keiner kann ohne Zustimmung des Andern über die gemeinschaftliche Sache oder über einen ihm zugeschiedenen Antheil durch Veräußerung, Verpfändung, Verminderung ꝛc. disponiren, l. 28. D. 10. 3. — l. 1. l. 2. C. 4. 52. — l. un. C. 8. 21 — Ueber seinen ideellen Antheil aber kann Jeder disponiren, wie ihm beliebt, wenn auch der Andere schon auf Theilung provocirt hätte, l. 13. § 17. C. 4. 49. — und wenn er über seine Befugniß hinaus das Ganze veräußert hätte, so wäre die Veräußerung gleichwohl für seinen Antheil wirksam, l. 1. l. 4. C. 4. 52., nur keine Servitut kann er auflegen, weil diese untheilbar ist, l. 2. D. 8. 1.

Besondere Bestimmungen über den Fall einer einseitigen Unternehmung eines Miteigenthümers an der gemeinschaftlichen Sache, z. B. da derselbe in einem gemeinschaftlichen Walde ein für einen Holzaufseher bestimmtes Wohnhaus erbaut hatte, enthält l. 28. D. 10. 3. etsi in re communi prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit; sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quodsi quid absente socio ad laesionem ejus fecit, tunc etiam tollere cogitur. Das O. A. G. in Dresden zog hieraus unter der Bemerkung, daß man die l. 28. cit. im Zusammenhang mit l. 26. D. 8. 2. auffassen müsse und nicht blos den in c. 56. de R. J. in VIto gegebenen Satz einzeln aus ihnen heraus nehmen dürfe, die Folge, daß der condominus in dem dritten der aufgestellten Fälle nur dann auf Entfernung des Werks zu klagen befugt sey, wenn er beweist, daß es ihm, oder, was auf dasselbe hinausläuft, der Genossenschaft nachtheilig sey, s. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1844. S. 393.

---

§ 8. Von verschiedenen Erwerbungsarten des Eigenthums.*)

Wenn wir die Thatsachen, durch welche das Eigenthum erworben wird, durchgehen, so finden wir, daß sie sich unter zweierlei Kategorien unterordnen lassen, nämlich:

I. derivative — durch den Eintritt in ein bisher bestandenes Eigenthum — wie Tradition, oder auf eine dieser vergleichbaren Weise, der vom Eigenthümer abgeleitete und von diesem gestattete Fruchterwerb, Adjudication in den judiciis divisoriis auf erhobene Theilungsklage, der Zuschlag an den Pfandgläubiger, die missio in possessionem ex secundo Decreto damni infecti nomine, der Eigenthumserwerb durch successio per universitatem oder

---

*) Von den verschiedenen Arten der Tradition s. oben Kap. I. § 2.; desgl. wie das Eigenthum an Früchten erworben werde, Bd. I. Kap. VI. § 1 b. Nr. 5. S. 308. cf. l. 6. D. 39. 5. — von der Alluvion 2c. oben Kap. II. § 2. Abschn. 2. Nr. 1. u. 3. — von der Fischerei ibid. Kap. II. Abschn. 5. — von der Jagd ebend. § 4. Eine Singularität bei Eigenthums-Uebertragungen von Seite des fiscus oder des Regenten, s. § ult. J. 2. 6. — l. 2. l. 3. C. 7. 37.

durch Vermächtniß, wovon in den Kapiteln vom Erbrecht erst vollständig gehandelt werden kann; endlich durch eine Verwirkung des vorigen Eigenthümers zur Strafe.

II. originäre, wie Occupation, Cultur, Separation und die verschiedenen Arten der Accession, Commixtion, Specification rc., Ersitzung.

a) Tradition. *)

1) Was wird dazu erfordert, daß die Besitzübertragung (traditio), wobei übrigens possessio vacua nothwendig immer vorausgesetzt werden muß, zugleich Eigenthumsübertragung werden könne?

1a) Wird letztere auch schon durch Zufertigung eines Kaufbriefs bewirkt?

2) Wird dem Empfänger gleichwohl das Eigenthum erworben, wenn ein Nichteigenthümer tradirt hat, welcher aber in der Folge wirklich Eigenthümer wurde?

3) In welchen Fällen erwirbt Jemand durch Tradition einem Andern, ohne sein Stellvertreter zu seyn, oder wann lassen die Gesetze eine unfreiwillige Repräsentation eintreten?

4) Welchen Einfluß hat der Irrthum auf die Gültigkeit der Tradition?

5) Bleibt die Tradition gültig, wenn das zum Grunde liegende Rechtsgeschäft oder insbesondere beim Kauf das Borgen durch Betrug veranlaßt worden ist?

6) Können Kirchen, milde Stiftungen und Städte das Eigenthum auch ohne Tradition durch bloßen Vertrag per transitum legalem erwerben?

Zu 1) Nächst der freien Dispositionsbefugniß und der rechtlichen Fähigkeit, einerseits Eigenthum zu übertragen, andererseits Eigenthum zu erwerben, sowie der darauf gerichteten beiderseitigen Willensbestimmung wird eine justa causa praecedens, d. i. ein Rechtsgeschäft erfordert, durch welches diese beiderseitige Absicht realisirt wird, l. 31. pr. D. 41. 1. Warnkönig im civilist. Archiv Bd. VI. no. 4. Eine nichtige causa wäre es z. B., wenn der Mann seiner Frau während der Ehe ein Gut

*) Vergl. oben Kap. I. § 2. Fr. 1. u. 2. Vom Besitz und dessen Uebertragung durch Stellvertreter.

schenken würde. Beim Kauf ist noch besonders erforderlich, daß der Kaufpreis entweder bezahlt oder creditirt sey, § 41. J. 2. 1. — l. 19. l. 53. D. 18. 1. — Heise u. Cropp jur. Abh. Bd. I. no. 21., s. jedoch folgende no. 5.

Zu 1 a) Es ist besonders nach germanischen Rechtsprincipien nicht zweifelhaft, daß im Allgemeinen in der auf der Contrahenten Antrag erfolgten gerichtlichen Ausfertigung und Uebergabe des Kaufbriefs auch die Uebertragung des Eigenthums des verkauften Objects an den Käufer gefunden werden muß, Danz deutsch. Privatr. Thl. II. S. 439., Mittermaier deutsch. Privatr. § 160. (7. Aufl.). Es kommen übrigens schon in den römischen Gesetzen l. 1. D. 8. 54. — l. 44. § 5. D. de legat. I. (30.) l. 59. D. de legat. II. (31.) bestimmte Zeugnisse vor, daß man die Hingabe der einen Gegenstand betreffenden Documente der wirklichen Hingabe der Sache wenigstens in gewissen Fällen gleich erachtete. Wenn man das Wesen der römischen Tradition betrachtet, welche als eine ernstliche unter Hinweisung auf die näher oder auch entfernter befindliche Sache abgelegte Erklärung des Besitzers, daß er dieselbe nun als Eigenthum des gegenwärtigen Mitcontrahenten betrachtet wissen wolle, § 40. J. 2. 1., bekanntlich unter verschiedenen Formen geschehen kann, s. Glück P. C. Bd. VIII. § 580 ꝛc., so ist in der That nicht abzusehen, wie eine solche Erklärung auf eine unzweideutigere Art abgelegt werden kann, als wenn die Contrahenten vor der zur Aufnahme solcher Acte angeordneten Behörde, in deren Sprengel das zu tradirende Immobile gelegen ist, erscheinen, und auf gerichtliche Ausfertigung eines die eigenthümliche Uebertragung desselben bezweckenden Vertrags und folgeweise Transscription in dem Lagerbuche antragen.

Unerheblich ist dabei der Umstand, daß etwa der Kaufbrief dem Käufer nicht von dem Verkäufer, sondern vielmehr geradezu von der Notariatsbehörde übergeben wird, indem nämlich die mit des Verkäufers Vorwissen von Seite der Staatsbehörde erfolgende Ueberlieferung der eigenen Hingabe gleich ist, s. Erk. des O. A. G. zu Wiesbaden in Flach Entscheidungen Thl. I. S. 22.

Der Käufer kann dann, auch wenn er nie Besitz erlangte, rei vindicationem anstellen, arg. l. 1. C. 8. 54. — l. 44. § 5. D. de leg. I. (30.) — l. 59. D. de leg. II. (31.) Ganz wie ein solcher Urkundeninhaber muß ein Legatar, dem das Immobile beschieden wurde, behandelt werden, l. 80. D. de leg. II. (31.) Flach l. c. S. 18. Auch das O. A. G. in Cassel ließ Ao. 1840. zu, daß der mit der gerichtlichen Bestätigung seines Erwerbs ausgerüstete Käufer die act. Public. auf den

Besitz seines Autors stützte, indem jene Bestätigung zu den in l. 1. § 2. l. 2. 3. 12. § 1. D. 6. 2. angeführten Ausnahmsfällen von der Regel, daß die act. Public. vom Kläger nur wegen einer res sibi tradita angestellt werden könne, einen neuen hinzufüge, s. Strippelmann Entsch. Thl. VII. S. 237.

Zu 2) Die Convalescenz des Rechtsgeschäfts bewirkt auch die Gültigkeit der Tradition. l. 42. D. 41. 3. cf. l. 1. pr. D. 20. 1. — l. 5. C. 8. 16. Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 255.

Zu 3) Wenn der Vormund mit dem Gelde des Mündels etwas kauft, l. 2. D. 26. 9. — l. 2. C. 5. 39. — ingleichen, wenn Jemand mit dem Gelde eines Soldaten eine Sache acquirirt, l. 8. C. 3. 32. — l. 2. C. 5. 16.

Zu 4) War der Irrthum von der Art, daß Tradent und Empfänger nur in der causa praecedens Verschiedenes im Sinne hatten, so schadet er nicht, wenn nur jedes der im Sinne gehabten verschiedenen Geschäfte zur Erwerbung des Eigenthums geschickt war, l. 36. D. 41. 1. — Glück P. C. Bd. VIII. S. 121. Doch ist eine condictio sine causa nicht ausgeschlossen, so lange das Gegebene noch nicht consumirt ist, l. 18. D. 12. 1. Verschiedene Erklärungsarten dieses Gesetzes s. Glück l. c. Bd. VIII. S. 113., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 311. not. 3. Die Tradition bleibt auch dann gültig, wenn das vorausgesetzte Geschäft nicht einmal wirklich, sondern nur in der Meinung beider Theile existirte, l. 15. § 1. D. 12. 6. — v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. I. S. 307. (§ 29.)

Schädlich ist der Irrthum, wenn in Ansehung der Identität des Objects geirrt ward, l. 34. pr. D. 41. 1. — l. 2. § 6. D. 41. 4. — und wenn ein Irrthum über das Eigenthum an der Sache obwaltete, l. 35. D. 41. 1. — cf. l. 3. § 2. D. 18. 1. — doch steht in dem Fall, wenn der Eigenthümer im Auftrag eines Andern eine ihm doch selbst eigenthümliche Sache tradirt hat, seiner hinterher versuchten Vindication exc. doli von Seite des Erwerbers entgegen, l. 49. D. 17. 1. Mühlenbruch von der Cession S. 130.

Zu 5) Sie bleibt demungeachtet gültig, l. 7. pr. D. 4. 3. — l. 10. C. 4. 44. Der Betrug begründet dem Verkäufer nur gegen den Käufer ein Recht auf Annullirung des Geschäfts, Thibaut System d. P. R. § 452. u. 738., v. Wening-Ingenheim l. c. Bd. II. S. 307. (§ 29.), Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 256. A. M. ist Weber in den Beiträgen zu der Lehre v. d. Klagen u. Einr. Bd. I. S. 84. cf. l. 13. § 1. l. 14. D. 4. 4.

Zu 6) Die ältere, von Thibaut, ungeachtet er sie noch in der 8. Ausg. seines Systems d. P. R. § 738. für falsch erklärte, doch später im civilist. Archiv Bd. XX. S. 1. wieder in Schutz genommene bejahende Meinung ist auf die l. 23. pr. C. de S. S. Eccles. (1. 2.) gegründet worden, aber ohne hinlänglichen Grund; denn diese Stelle spricht, wie v. Vangerow in seinen Pand. Bd. I. § 311. not. 4. klar darlegt, blos von der Verjährung der den Kirchen zustehenden Klagen, und will den 100jährigen Zeitraum nicht allein für persönliche, sondern auch dingliche Klagen und namentlich auch für die Pfandklage zulassen. Uebereinstimmend hiermit ist auch Glück im P. C. Bd. XVII. S. 218., Schweppe R. Privatr. § 242., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 125.

---

b) Occupation.

1) Da der Eigenthumserwerb durch Occupation eine herrenlose Sache voraussetzt, so fragt sich, welche Gegenstände h. z. T. noch als herrenlos angesehen werden können, und folglich in wie weit an Thieren, an verborgenen Schätzen, an im Kriege erlangter Beute und dergl. das Eigenthum durch Occupation erworben werde?
2) Ist die in l. 8. C. 11. 58. begründete Erwerbungsart des ager desertus durch Cultur noch h. z. T. geltend?

Zu 1) Die römischen Rechtsgrundsätze in Ansehung der Jagd und der Fischerei sind, wie oben schon bemerkt wurde, h. z. T. durch die Entstehung der Regalien außer Anwendbarkeit, s. Gesterding vom Eigenthum § 15. — Inseln im Meere und Naturproducte, welche das Meer ausspült, sind noch immer Gegenstand der Occupation, s. Thibaut System § 739. (Ed. 8.) Verlorene oder in der Noth über Bord geworfene Sachen sind jedoch nicht als herrenlos zu betrachten, § 48. J. 2. 1. — Dig. 41. 7. — Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 245., man vermuthet aber die Dereliction derselben, so lange sich der Eigenthümer nicht meldet, l. 43. § 11. D. 47. 2., und die Occupation gibt dem Finder einen Verjährungstitel gegen den Eigenthümer, Thibaut l. c., Zachariä über die durch Ueberschwemmung fortgerissenen Sachen § 6. Wittenberg 1799. Ein verborgener Schatz kann nur zur Hälfte durch Finden erworben werden, weil er nach den Gesetzen zur andern Hälfte als Accession des Grundeigenthums gilt, obwohl nicht durchaus unbestritten, wenn man den Schatz in einem loco sacro vel religioso

findet, nach § 39. J. 2. 1., welcher Gesetzesstelle jedoch in Betreff des locus religiosus l. 3. § 10. D. 49. 14. derogirt, v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 311. (§ 36.), Köchy civilist. Erörterungen Bd. I. S. 227., Ortloff Comm. jur. Rom. de thesauris pag. 25. etc. Erlang. 1818. Der Erwerb eines Schatzes durch Finden setzt übrigens immer voraus, daß man nicht absichtlich und ohne oder wider Willen des Eigenthümers nachgegraben hat; denn sonst erhält der Eigenthümer des Grundes den Schatz selbst, Köchy l. c., Thibaut l. c., Sell Versuche Thl. I. no. 3. u. 4., Wening-Ingenheim l. c. (§ 36.) Das Nachgraben muß also zufällig stattgefunden haben, was auch den zu andern Zwecken gedungenen Tagelöhnern und Arbeitern zu Statten kommt, l. 67. D. 6. 1. — l. 63. § 2. u. 3. D. 41. 1. Von dem auf einem emphyteutischen Grunde gefundenen Schatze s. unten Kap. IV. Fr. 7. Die Eigenthumserwerbung durch Erbeutung feindlichen Besitzthums im Kriege ist im heutigen Recht meistens dahin eingeschränkt, wenn dem Soldaten Plünderung erlaubt war. Außerdem gehört die Beute dem Staate, s. Thibaut l. c.

Zu 2) Die angeführte lex de omni agro deserto, daß nämlich derselbe durch Occupation, verbunden mit einer 2 Jahre fortgesetzten Cultur derselben, von dem Bebauer eigenthümlich erworben werde, halten einige neuere Rechtsgelehrte, namentlich Ballhorn obs. ad l. 8. C. de o. a. d. (11. 58.) Göttingen 1803., Schröder in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 238., h. z. T. besonders darum für unanwendbar, weil die cultura bei uns nicht mehr als modus acquirendi behandelt werde, sie sich zunächst auf die Colonate der römischen Kaiser beziehe und der tit. Cod. 11. 58. wegen veränderter Umstände in Deutschland weder angenommen noch anwendbar sey. Allein für die Reception des röm. Rechts spricht die allgemeine Vermuthung so lange, bis eine rechtsbeständige Ausnahme erwiesen wird (s. Weber Reflexionen rc. Schwerin 1782.) Die gemeinrechtliche Vorschrift ist aber auch der heutigen Landwirthschaft und dem Ackerbau angemessen und harmonirt selbst mit dem alten deutschen Recht, s. Eisenhart Sprüchwörter: „wenn der Busch dem Reuter an den Sporn, so hat der Unterthan sein Recht verlor'n." Die heutige Anwendbarkeit, da, wo es an Landesgesetzen oder besonderem Herkommen fehlt, behaupten Hagemann prakt. Erörter., fortgesetzt von Spangenberg Bd. VIII. S. 22., Schweppe im röm. Privatr. § 234., Leyser med. ad Pand. Sp. 443. Med. 1—3., Berg Polizeirecht Bd. III. S. 259. Auch Mühlenbruch hat in seinem Lehrbuch d. Pand. R. die in der Doctr. Pand. Ed. III. angenommene gegentheilige Meinung in Bd. II. § 247. not. 19. zurückgenommen

und dabei bemerkt, daß v. Savigny bei seiner Erklärung der l. 11. C. unde vi auf die l. 8. cit. nicht die gehörige Rücksicht genommen habe, und die hier sich zeigende Schwierigkeit leicht beseitigt werde, wenn man die l. 8. C. auf vernachlässigte tributpflichtige Grundstücke bezieht, Struben rechtl. Bedenken Bd. II. no. 73., Albrecht Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle Bd. II. S. 335.

Von dem Mulifenrecht s. Siebenkäs jurist. Magazin Bd. II. S. 259. und Arx Geschichte des Buchsgau S. 93. Oftmals sind solche wüste Aecker, die durch Verwachsung oder Verlassung für den Eigenthümer verloren gegangen sind, in bloße Weideplätze umgeschaffen worden, und im Preußischen werden solche wüste Aecker für Hufenschlag geachtet, den jeder Bauer verfolgen und mit obrigkeitlicher Bewilligung wieder urbar machen kann, Fischer Lehrbegriff sämmtlicher Kammer- und Polizeirechte Bd. II. § 1075. Aehnliche Bestimmungen findet man auch in den bayerischen Culturverordnungen, s. Mayer'sche Generaliensammlung S. 1012. — Doch kann die Freiheit des Eigenthums in Ansehung des Wiederanbaues solcher Gründe durch die von Andern darauf erworbenen Dienstbarkeitsrechte, z. B. Trift- und Weidegerechtigkeit, sehr eingeschränkt seyn, s. Töpfer D. de servitute rustica agrorum incultorum culturam prohibente § 17. — Keineswegs steht übrigens dem Staate ein Recht an öde liegenden Gründen zu, wo dies nicht speciell in Gesetzen ausgesprochen ist, s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. § 162., Gründler Polemik des germanischen Rechts Thl. I. S. 266., Krause D. de eo, quod justum est circa praedia deserta. Lips. 1724.

---

c) Specification.

1) Nachdem sich der Rechtsbegriff von Specification als Erwerbsart des Eigenthums dahin fixirt hat, daß darunter eine solche Umwandlung der Substanz verstanden wird, welche die Zurückführung in die vorige Gestalt nicht mehr zuläßt, sey es nun, daß ein roher Stoff erst gestaltet oder ein schon verarbeiteter in eine neue species umgewandelt werde, wenn nur die Sache als eine neue erscheint, so fragt sich doch öfters in concreto, durch welche Handlungen dieser Begriff verwirklicht wird?

2) Wenn der Grund der Eigenthumserwerbung durch Specification darin gefunden werden kann, daß die Sache das

nicht wieder werden kann, was sie gewesen ist, und das, was sie geworden ist, vorher Niemands Eigenthum war, l. 7. § 7. D. 41. 1., so scheint doch ein bedeutender Unterschied obzuwalten, je nachdem ich blos fremden Stoff durch Verarbeitung zu einer andern Sache mache oder nur durch Vermischung jenes mit meinen eigenthümlichen Stoffen; sollte ich im letztern Fall nicht unbedingt das Eigenthum erwerben?

3) Ist zum Erwerb durch Specification nothwendig, daß der Verarbeiter fremder Materie in bona fide seyn müsse?

4) Ist Derjenige, welcher bona fide specificirt hat, dem Eigenthümer des Stoffs zur Entschädigung verbunden?

Zu 1) In l. 26. § 3. D. 41. 1. — § 26. J. 2. 1. ist entschieden, daß im Färben keine Specification begründet ist, und eben so wenig gilt nach der gemeinen Meinung, ungeachtet der widersprechenden Institutionenstelle, § 25. J. 2. 1., das Ausdreschen des Getraides, als bloßes Abstreifen der Hülle, für eine Specification, s. v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 496., Sintenis Civilr. Bd. I. S 488. not. 19., wohl aber, wenn Jemand aus meinen Trauben Wein keltert, aus meinem Getraide Mehl, aus meinem Holze ein Schiff gemacht hat, s. § 25. J. 2. 1. v. Vangerow l. c., Sintenis l. c.

Zu 2) Gewöhnlich statuirt man: durch Specification aus fremder Materie erwerbe ich nur dann, wenn diese sich nicht in die ursprüngliche Gestalt zurückbringen läßt, außerdem wird der Herr der Materie auch Herr der Form;*) ist aber der neu gebildete Körper aus eigenem und fremdem Stoff zusammengesetzt, dann wird der Specificant unbedingter Erwerber, s. Thibaut System § 743., v. Wening-Ingenheim l. c. Bd. I. S. 313. (§ 39.), Mackeldey l. c. § 246. Diese Unbedingtheit wird aus der indistincten Fassung der Schlußworte

*) und der Specificant kann nur, wenn er in bona fide war, für seine Arbeit Entschädigung verlangen, diesen Anspruch aber auch nur durch Retentionsrecht und exc. doli geltend machen, arg. § 30—34. J. 2. 1. — l. 23. § 4. D. 6. 1. Wer mala fide specificirte, hat nicht nur keinen Anspruch auf Entschädigung, sondern erwirbt auch das Eigenthum nicht unwiderruflich, wenn er als Dieb handelte, was Thibaut im System § 743., Sell in seinen Versuchen Thl. I. no. 5. von Jedem annimmt, welcher wissentlich eine fremde Sache specificirt.

des § 25. J. 2. 1. begründet. Dagegen erklärt sich neuerlich v. Vangerow l. c. § 310. und nimmt unter Beziehung auf l. 5. § 1. D. de R. V. (6. 1.) und l. 12. § 1. D. 41. 1. an, daß auch in diesem Fall der Specificant das Eigenthum nicht anders erwerbe, als wenn sich die Sache nicht in ihre vorige Gestalt zurückbringen lasse. Uebereinstimmend ist Schweppe im R. Privatr. § 241., Sintenis Civilr. Bd. I. S. 488. not. 16. und auch Puchta l. c. § 137. scheint dies als absolutes Princip der Specification zu betrachten, ohne Unterschied, ob der Stoff ganz oder zum Theil eines Andern Eigenthum war.

Zu 3) Der von Lauterbach in coll. th. pr. Pand. Lib. 41. tit. 1. (s. auch die Commentare von Vinnius und Brunnemann und Stryck Us. mod. Pand. Lib. 41. tit. 1. § 24.) als die herrschende erklärten Meinung, welche auch Unterholzner in der gesammten Verjährungslehre Bd. I. S. 235. not. 245., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 953. und umfänglich Sell in den Versuchen Thl. I. S. 194. vertheidigt hat, daß nämlich Derjenige, welcher mala fide specificirt hat, dadurch nicht das Eigenthum an der neuen Species erwerbe, sind fast alle Rechtsautoritäten der neuern Zeit entgegen, s. Westphal System des röm. Rechts über die Arten der Sachen § 461., Glück P. C. Bd. XIII. § 840. S. 235., Thibaut System § 743. (Ed. 8.), Gesterding Lehre vom Eigenthum S. 265 zc. Seuffert Erörter. Abthl. II. no. 4., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. § 252., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 129. (39.), v. Vangerow Pand. Bd. I. § 310. not. 2., Puchta Lehrb. § 131., Mackeldey Lehrb. § 246., Schilling Lehrb. § 159., und dies ist ohne Zweifel die richtigere Ansicht. Die specificirte Sache ist nämlich als res exstincta zu betrachten, s. Gajus Comm. II. 79., die neu hervorgebrachte Sache ist vorher nicht da gewesen, und auf das Eigenthum an dieser kann es keinen Einfluß haben, ob der Untergang der früheren Sache bona oder mala fide herbeigeführt worden ist. Aber die Folge der Entwendung wird durch die Specification nicht aufgehoben, welche bei der mala fide unternommenen Specification eintritt; denn wer wissentlich die Specification der fremden Sache unternahm, handelte als ein Dieb, unterliegt daher der actio furti auf das Interesse und der condictio furtiva auf den neuen Körper, l. 13. l. 14. § 3. D. 13. 1. — l. 52. § 14. D. 47. 2. — Schweppe l. c. Gegen den dritten Besitzer geht freilich die condictio furtiva nicht, l. 5. l. 6. D. 13. 1., ob aber eine condictio sine causa stattfinde, wie Sell l. c. S. 215. not. 1. bezüglich des von Adjunctionsfällen handelnden § 26. J. 2. 1. annimmt: exstinctae res, licet vindicari non

possint, condici tamen a furibus et *quibuscunque aliis possessoribus* possunt — ist nicht außer allem Zweifel, s. Schweppe röm. Privatr. Bd. II. § 241. S. 77. gegen Seuffert's Erörter. Abthl. II. no. 4.

Zu 4) Von Vielen wird dies verneint, weil kein Gesetz es besonders bestimmt hat. Richtiger aber ist wohl mit v. Vangerow l. c. § 310. not. 8. anzunehmen, daß die bejahende Entscheidung aus dem allgemeinen Grundsatze: quod nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, l. 206. D. de R. J. (50. 17.) folge, und die Analogie der Grundsätze von der accessio, sowie die Bestimmung, daß der ehemalige bonae fidei possessor den Eigenthümer dann entschädigen müsse, wenn dieser seine Sache nicht mehr vindiciren kann, dafür spreche, s. Sell Vers. l. c. S. 89. Es ist aber auch möglich, daß der Specificant das Eigenthum nicht erwirbt, wenn es nämlich an den gesetzlichen Voraussetzungen der Specification fehlt. Dann kann er, wenn er in bona fide war, wegen Vergütung seiner Arbeit ein Retentionsrecht, wenn er aber in mala fide war, gar keinen Entschädigungsanspruch geltend machen, Sintenis l. c.

---

d) Accession. *)

Der Eigenthümer einer Sache erlangt von Rechtswegen:

a) das Eigenthum an allen organischen Erzeugungen derselben, und an allem dem, was derselben von außen her, ohne sein Zuthun so zuwächst, daß es ein Theil derselben wird. Alle diese Fälle, z. B. Erzeugnisse des Bodens, Junge der Thiere, die Insel, die Alluvion und Avulsion haben das mit einander gemein, daß die Sache außerdem herrenlos seyn würde.

b) Wenn eine Sache dergestalt mit einander verbunden oder vermischt wird, daß Trennung entweder gar nicht oder nicht

---

*) Einige Arten der Accession sind schon in Verbindung mit den Hauptmaterien in Betracht gezogen worden, z. B. Inaedificatio, s. oben Kap. II. § 1. vom Recht der Gebäude — Alluvionen u. dergl. in Kap. II. § 2. Säen und Pflanzen, in Kap. II. § 3. Nr. 4 c. vom Baumrecht. Man pflegt zu unterscheiden zwischen accessio naturalis und industrialis. Erstere wird als Zufall betrachtet, welcher den dadurch Verlierenden zu keiner Entschädigungsforderung berechtigt, s. Köchy civilist. Erörter. no. I., Guyet Abhandl. no. X., bei der access. industrialis kommt es darauf an, ob der dadurch Gewinnende in bona oder mala fide war, s. Thibaut System § 595., Mackeldey Lehrb. Bd. II. § 250.

ohne Schaden der einen oder andern Sache möglich ist, so erwirbt der Eigenthümer der Hauptsache auch das Eigenthum der mit ihr verbundenen Nebensache. In allen diesen Fällen hatte die Nebensache vorher schon einen Eigenthümer, welcher sie außer dem Fall der Untrennbarkeit durch die actio ad exhibendum verfolgen und sofort vindiciren konnte. Sind nun die Sachen so innig verbunden, daß sie sich gar nicht, oder nicht ohne Schaden trennen lassen, so fragt sich:

1) Nach welchen Grundsätzen ist zu bestimmen, was als Hauptsache und was als Nebensache zu gelten hat? und was ist Rechtens, wenn sich dies nicht bestimmen läßt?
2) Wie ist der Entschädigungsanspruch des durch die Adjunction Verlierenden zu bestimmen, und zwar
   a) wenn Derjenige die Adjunction vorgenommen hat, welcher durch sie das Eigenthum an der Sache des Andern gewinnt? oder
   b) Derjenige, welcher die seinige dadurch an den Eigenthümer der Hauptsache verliert, und zwar im guten Glauben, nicht wissend, daß diese einem Andern gehört?
3) Vermischung fremder Körper wird zwar selten vorkommen, weil sie gewöhnlich abgesondert werden können; doch ist es insbesondere beim Geld der Fall, und deshalb fragt sich, was Rechtens sey in Hinsicht auf Eigenthum, wenn eine Schuld mit fremdem Gelde bezahlt, oder fremdes Geld als Darlehen gegeben worden, und vom Empfänger mit dem Seinigen vermischt worden ist?
4) Wer erhält das Eigenthum, wenn flüssige Sachen verschiedener Eigenthümer auf solche Weise, daß sie sich nicht mehr ausscheiden lassen, zusammengegossen worden sind, vorausgesetzt, daß sie nicht von einerlei Qualität sind, und nicht blos durch Zufall oder mit beiderseitiger Einwilligung — denn in allen solchen Fällen entsteht bekanntlich von selbst Gemeinschaft, l. 3. § 2. D. 6. 1. — die Vermischung vorgegangen ist?

Zu 1) Meistens wird hierüber nach Größe, Umfang und Werth der einen oder andern Sache entschieden werden müssen. Steht die eine zur andern in einem dienenden Verhältniß, es sey nun zum Vortheil

oder zur Zierde derselben, so ist jene offenbar als Nebensache zu betrachten. Bei manchen Gegenständen haben die Gesetze specielle Bestimmungen hierüber gegeben, z. B. in Ansehung der Schriften sey das Material, bei Malereien das Gemälde und nicht die Leinwand oder dergl. Stoff die Hauptsache, § 33. J. 2. 1. — l. 9. § 1. u. 2. D. 41. 1. — l. 23. § 5. D. 6. 1. — Läßt es sich durchaus nicht entscheiden, was Haupt- oder Nebensache sey, so folgt wohl, daß Keiner das Ganze erwerben könne, mithin dieses gemeinschaftlich werden müsse, wenn nicht Jedem das Seinige als für sich bestehend überlassen werden kann, l. 27. § 2. D. 41. 1. Thibaut System § 741. (Ed. 8), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 336. (§ 57.)

Zu 2) In beiden Fällen kommt es hauptsächlich darauf an, ob Derjenige, welcher die Adjunction vorgenommen hat, in bona oder mala fide war. Hiernach ist die Folge,

ad a) daß er, wenn er in bona fide war, dem Andern nur so weit, als er dadurch reicher geworden ist, Vergütung zu leisten hat, l. 5. § 3. l. 23. § 5. D. 6. 1., war er aber in mala fide, so haftet er, wie ein Dieb, für vollen Schadenersatz.

ad b) Wenn Derjenige, welcher zu seinem eigenen Nachtheil adjungirt hat, in bona fide war, so hat er blos ein Retentionsrecht, so lange er sich im Besitz befindet, und kann sich mit der exc. doli gegen den Vindicanten schützen; eine Klage ist ihm aber nicht gegeben, § 33. u. 34. J. 2. 1. — l. 23. § 4. D. 6. 1. — Marezoll in Löhr's Magazin Bd. IV. S. 366., Franke Beitr. zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Bd. I. no. 2. War er aber in mala fide, so verliert er allemal sein Eigenthum ohne Entschädigung, § 30. u. 34. J. 2. 1. — l. 7. § 12. D. 41. 1., doch ist damit sein Anspruch auf Vergütung nothwendiger Impensen nicht ausgeschlossen, l. 5. C. 3. 32.

Zu 3) In solchem Fall begründet die commixtio schlechthin Eigenthum, l. 78. D. 46. 3. — cf. l. 11. § 2. D. 12. 1. Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 251. not. a. Außerdem wird, wenn eine solche Vermengung trockener Sachen dergestalt eingetreten wäre, daß eine Aussonderung nicht möglich würde, dem Richter die Theilung ex aequo et bono heimgegeben, § 28. J. 2. 1. — l. 5. pr. D. 6. 1. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 337. (§ 58.)

Zu 4) Das Zusammengießen wird dann als Specification angesehen, und Derjenige, welcher es vornahm, wird Eigenthümer des Ganzen, mit Vorbehalt der Entschädigung des Andern, l. 5. § 1. D. 6. 1. —

l. 12. § 1. D. 41. 1. — § 25. J. 2. 1. — Elvers allgem. jurist. Zeitung v. J. 1830. S. 61., Mackeldey Lehrbuch des h. R. R. § 252. —

---

§ 8. a) Ersitzung.

Inst. II. 6. Dig. XLI. 3—10. Cod. VII. 26—40. Nov. 22. c. 24. Nov. 119. c. 7. Nov. 131. c. 6. Gaj. II. § 40. Pauli rec. sent. V. 2. Decr. Greg. II. 26. de praescript. Lib. Sext. II. 13. de praescript.

Bei der Ersitzung, als dem der Macht der Zeit gesetzlich eingeräumten Ergänzungsmittel der bei was immer für einer Erwerbungsart des Eigenthums*) sich findenden Mängel, fragt es sich:

1) An welchen Sachen ist, — wenn gleich Eigenthum daran erworben werden kann, — was natürlich zur Möglichkeit der Usucapion überhaupt vorausgesetzt werden muß, l. 9. D. 41. 3. — die ordentliche Verjährung ausgeschlossen, und zwar
   a) aus Rücksicht auf die Person, welcher sie gehören, und mithin auch nur so lange, als sie einer solchen begünstigten Person gehören?
   b) wegen eines vitium rei, oder wegen gewisser Eigenschaften, welche der Sache ankleben?
2) Es ist schon früher bemerkt worden, daß unter dem Verbot der Schenkungen unter Ehegatten der Fall nicht begriffen sey, wenn ein Gatte eine fremde Sache, welche er selbst nicht usucapiren konnte, dem Andern schenkt. Hiernach entsteht die weitere Frage, ob der beschenkte Gatte sie usucapiren könne?
3) Kann der beschenkte Ehegatte eine ihm von dem andern Ehetheile geschenkte Sache schon während der Ehe, wenn diese vor Ablauf der Verjährungszeit getrennt worden ist, usucapiren?
4) Zufolge der l. 25. D. 24. 1. ist in Beziehung auf Usucapion kein Unterschied, die res aliena mag unter Lebenden oder

---

*) Nach diesen verschiedenen Erwerbungsarten sind bekanntlich auch die Verjährungstitel benannt, z. B. pro emtore, pro derelicto etc.; weil aber bey manchen Erwerbsgründen der Usucapionstitel sich auf eine bündige Weise nicht speciell bezeichnen läßt, so sagten die römischen Juristen in solchen unbenannten Fällen, er usucapire von Rechts wegen (pro suo), l. 2. D. 41. 10.

auf den Todesfall geschenkt seyn; wenn demnach in beiden Fällen der beschenkte Gatte durch Usucapion die geschenkte Sache vom Augenblick der Tradition an usucapiren kann, erwirbt er sie im zweiten Fall auch dem schenkenden Ehegatten gegenüber, welcher eine donatio mortis causa bis zum letzten Augenblick seines Lebens widerrufen konnte?

5) Da bekanntlich Dotalsachen in dem no. 1 b. beschriebenen Maße der Usucapion gesetzlich entzogen sind, so fragt sich insbesondere noch, ob auch die, vor der Bestellung in dotem schon an dem nachher dotal gewordenen Grundstück angefangene Usucapion durch die datio in dotem unterbrochen werde?

6) Es ist oben no. 1 b. in Betreff des fundus dotalis bemerkt worden, daß, weil hier ein gesetzliches Veräußerungsverbot vorliegt, auch die Usucapion als ausgeschlossen oder verboten angenommen werden müsse. Es fragt sich indessen, ob dies überhaupt als allgemein geltender Grundsatz behauptet werden könne?

7) Hat ein richterliches, oder vertragsmäßiges, oder testamentarisches Veräußerungsverbot dieselbe Wirkung in Beziehung auf Usucapions-Unfähigkeit, wie das gesetzliche?

8) Findet in Ansehung aller Rechte und in allen Rechtsverhältnissen Verjährung Statt? und wie ist der Beweis der Ersitzung zu führen?

9) Kann die Verjährung in ihren rechtlichen Wirkungen durch Privatübereinkunft ausgeschlossen werden?

10) Da zur Verjährung der Besitz nicht schlechthin genügt, sondern derselbe mit justa causa und bona fides, und zwar mit letzterer nach canonischem Recht die ganze Verjährungszeit hindurch verbunden seyn muß, so fragt sich, wie denn eigentlich der Erwerbsgrund beschaffen seyn müsse, um dem gesetzlichen Erforderniß der justa causa zu entsprechen?

10a) Können die Folgen der erwerbenden Verjährung eines Realrechts von Demjenigen, welcher die Leistung 10—20 Jahre beobachtet hat, durch Berufung auf Irrthum und Nachsuchung der Restitution abgewendet werden?

11) Ist bei dem durch einen Stellvertreter erworbenen Besitz die bona fides des Principals oder des Stellvertreters nöthig? oder Beider? und muß scientia domini allemal erwiesen seyn?

12) Nachdem die alte usucapio pro herede, welche darin bestand, daß Jeder aus einem Nachlasse Sachen, bewegliche oder unbewegliche, an sich ziehen, und in einem Jahre, ohne alle Rücksicht auf bona oder mala fides, ersitzen konnte, durch das neuere Recht aufgehoben worden ist, und auch die des bonorum possessor, um quiritarisches Eigenthum zu erwerben, nicht mehr vorkommen kann, so ist h. z. T. die usucapio pro herede nur auf zweierlei Art denkbar:
   a) indem sich der Erbe eine Sache irrig, als zur Erbschaft gehörig denkt, welche es nicht ist, und welche auch nicht im Besitz des Erblassers war; denn wäre dieser schon Besitzer und in conditione usucapiendi gewesen, so brauchte der Erbe nur den Besitz seines Erblassers fortzusetzen, ohne erst einer usucapio pro herede zu bedürfen; war aber der Erblasser nicht in der Lage, usucapiren zu können, so konnte es auch der Erbe trotz seiner eigenen bona fides nicht, l. 11. D. 44. 3. — l. 4. D. 41. 5.
   b) wenn ein Nichterbe aus einem entschuldbaren Irrthum glaubt, Erbe zu seyn, l. 33. § 1. D. 41. 3. Der erstere Fall hat nichts Besonderes an sich; aber im letzteren Fall fragt sich, ob da die Verjährung auch gegen den wirklichen Erben wirksam sey?
13) Was ist bei der usucapio pro emtore besonders in Ansehung der bona fides zu beobachten?
14) Kann auch auf den Grund eines rechtskräftigen Urtheils usucapirt werden?
15) Was für ein Unterschied ist zwischen einem Universal- und Singular-Successor in Ansehung der accessio possessionis zum Zweck der Ersitzung zu beobachten?
16) Ist zur Erlangung einer Befreiung von Beiträgen zu Kirchenbauten eine qualificirte Verjährung erforderlich?
17) Während durch Verjährung das Eigenthum einer Sache erworben wird, so fragt sich, ob durch dieselbe auch die darauf für einen Dritten haftenden Pfandansprüche aufgehoben werden?
18) Wie unterscheidet sich die ordentliche und außerordentliche Ersitzung (praescr. longissimi temporis) in der Zeit und den übrigen Erfordernissen?

19) Kann gegen verbietende Gesetze ein Recht durch Verjährung erworben werden?

19a) Können die mediatisirten Fürsten jetzt noch Anspruch auf das Recht der 40jährigen Verjährung machen?

20) Wird die Verjährung blos durch eingetretenen Mangel eines ihrer Erforderniße, nämlich des Besitzes (usucapio naturalis), der Usucapionsfähigkeit der Sache und des guten Glaubens (mala fides superveniens) unterbrochen, oder auch durch Klage und Litiscontestation? auch durch Protestation?

21) Gilt für das Handlohnsrecht die 30—40jährige Ersitzung als Erwerbsgrund?

22) Kann gegen eine Universität eine Sache oder eine Servitut schon durch 10—20jährige oder nur durch 30- oder gar 40jährige Ersitzung erworben werden?

Zu 1) Nicht usucapionsfähig sind

zu a) Sachen des Regenten, l. 6. C. 11. 61. — tit. Cod. 7. 38. — des Fiscus, l. 18. l. 24. D. 41. 3. — § 9. J. 2. 6. — städtischer Communen,*) l. 9. D. 41. 3. — l. 2. C. 7. 38. — l. 12. § 2. D. 6. 2. — das unbewegliche Eigenthum der Kirchen und milden Stiftungen nach Nov. 111. c. 1. Nov. 131. c. 6. — cap 8. X. de praescr. 2. 24. — und nach cap. 4. X. de praescr. 2. 24. auch das bewegliche Eigenthum derselben; peculium adventitium regulare der in väterlicher Gewalt stehenden Kinder, l. 1. l. 4. C. 6. 60. — l. 1. § 2. C. 7. 40. — Nov. 22. c. 24. — desgleichen solche Sachen, welche wegen einer zweiten Ehe des Parens der Proprietät nach an die erstehelichen Kinder gekommen sind. Hierbei kommt die Eigenthümlichkeit vor, daß die ordentliche Verjährung selbst noch nach Auflösung der väterlichen Gewalt ausgeschlossen ist, Nov. 22. c. 24. — endlich sind nach der herrschenden, obwohl zweifelhaften Meinung der ordentlichen Ersitzung auch die Sachen der Unmündigen und Minderjährigen entzogen,**) s. die Lehrbücher

---

*) Anderer Meinung ist Fritz in den Erläuterungen rc. S. 327., s. dagegen v. Vangerow Pand. Bd. I. § 317. S. 512. no. 4.

**) Daß Sachen der Minderjährigen früher der Usucapion nicht entzogen waren, ist außer Zweifel, l. 2. D. 27. 5. — l. 4. § 11. D. 41. 3. — Nur in Ansehung der longi temporis praescriptio heißt es: ea enim tunc currere incipit, quando ad majorem aetatem dominus rei pervenerit.

von Mühlenbruch § 262., Thibaut § 1014., Schweppe § 247., Mackeldey § 259., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. § 35—38. 51. u. 81., Arndts in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 389. mit Beziehung auf l. 1. C. 2. 41. — An Sachen der Wahnsinnigen läßt sich nach R. R. eine Ausnahme von der Usucapionsfähigkeit noch weniger beweisen, s. v. Vangerow l. c. § 317. no. 7., und nur von der deutschrechtlichen Verjährung von Jahr und Tagen ist sie zu behaupten, s. Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. § 32. u. 39.; indessen wird gewöhnlich auch da das Veräußerungsverbot die Ersitzung unmöglich machen, s. Unterholzner l. c. Bd. I. S. 136.

Zu b) gestohlene *) Sachen, desgleichen die von einem malae fidei possessor veräußerten Sachen. Sind letztere Mobilien, so begeht derselbe ohnedies ein furtum, § 3. J. 2. 6. — l. 16. C. 6. 2. — sind es Immobilien, so sollen auch diese nach Nov. 119. c. 7. der ordentlichen Verjährung entzogen seyn, wenn nicht der wahre Eigenthümer von dieser Veräußerung Kenntniß erhält, und zwar muß man, wenn auch nicht nach den Worten, doch nach dem Geist dieser Verordnung, die Verjährung nicht blos bei dem ersten Erwerber, sondern auch bei jedem folgenden b. f. possessor ausschließen, s. Puchta Lehrb. § 134., v. Van-

---

l. 3. C. 7. 35. — Durch Justinian's l. 5. C. 2. 41. scheint es, daß alle und jede Sachen der Minderjährigen der ordentlichen Ersitzung entzogen seyn sollen. Dagegen wird aber eingewendet, daß hier nur die Klagverjährung gemeint sey, s. Puchta Lehrb. § 134. S. 127. no. 7., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 317. S. 512. no. 5. — Für diese Meinung, nämlich daß Sachen der Minderjährigen der ordentlichen Ersitzung nicht entzogen seyen, hat sich zuletzt Puchta im Cursus der Institutionen Bd. II. S. 623. ausgesprochen; so auch ein Erkenntniß des Gerichtshofes in Tübingen in Hufnagel's Mittheilungen N. F. H. I. S. 156. Die Streitfrage scheint h. z. T. auch, abgesehen von dem, den Minderjährigen jedenfalls zustehenden beneficio restitutionis, wenig praktische Wichtigkeit zu haben, weil h. z. T. die Vormünder auch nicht einmal bewegliche Sachen ohne obervormundschaftliche Concurrenz veräußern dürfen, und in dem Veräußerungsverbot ohnedies ein Usucapionshinderniß liegt. Absentes ex justa causa sind durch rest. in integr. geschützt.

*) Das furtum possessionis, welches der Eigenthümer selbst begeht, z. B. der Pfandschuldner an dem Pfandgläubiger, bewirkt dieses vitium nicht, l. 20. § 1. D. 47. 2. — l. 4. § 21. D. 41. 3. Dasselbe wird übrigens, wo es eintritt, alsdann purgirt, wenn der Eigenthümer die Sache wieder in seine Gewalt bekommen hat, oder wenigstens in der Lage ist, sie vindiciren zu können, s. Puchta Lehrb. l. c.

gerow l. c. § 317. Erfährt aber der Eigenthümer die mit seinen Sachen vorgenommene Veräußerung, so hört die Usucapionsunfähigkeit zugleich mit ihrem Grunde auf. — Wenn der Onerirte eine legirte Sache veräußert hat, es sey nun ein legatum purum oder conditionale, so ist nach l. 3. § 3. C. de legat. (6. 43.) die Verjährung ausgeschlossen. Nach der lex Julia repetundarum sind alle Sachen, welche einem Provincial-Statthalter contra leg. repetund. unter irgend einem Titel übertragen worden sind, der Verjährung entzogen, l. 8. D. 48. 11. — l. 48. pr. D. 41. 1. — Auch fremde Baumaterialien sind, so lange sie mit dem Gebäude verbunden bleiben, der Verjährung entzogen, weil die Trennung bekanntlich nicht vor der Abtragung des Gebäudes verlangt werden kann, l. 7. § 11. D. 41. 1. — l. 23. § 2. D. 41. 3. In Ansehung der Dotalsachen, und zwar

a) des fundus dotalis ist schon in früherer Zeit in Folge des in der lex Julia ausgesprochenen Veräußerungsverbots, später

b) in Ansehung aller Dotalsachen überhaupt, beweglicher und unbeweglicher, ästimirter oder nicht ästimirter, die Usucapion nach l. 30. C. 5. 12. in so lange ausgeschlossen, als die Frau zur Klagstellung nicht befähigt ist, welche ihr erst nach Trennung der Ehe oder bei eintretender Insolvenz des Mannes rechtlich möglich wird, s. v. Vangerow Pand. Bd. I. § 317., Mühlenbruch Lehrb. § 262. not. 13. § 267. not. 4., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. § 79. und 80. Abweichend hiervon will v. Löhr im civil. Archiv Bd. X. S. 69. die l. 30. C. 5. 12. nur vom Pfandrecht der Ehefrau verstanden wissen, vergl. auch v. Buchholz jurist. Abhandl. S. 183.

Endlich gehören hierher die Gränzen (controversiae finales). Durch die l. 6. C. 3. 39. ist nämlich die Erweiterung der Gränzen durch Usucapion ausgeschlossen; die Behauptung, daß das bestrittene Stück zu dem einen oder andern Grundstück gehöre, soll nicht durch einen 10- oder 20jährigen Usucapionsbesitz begründet werden können, cf. l. 4. C. Th. fin. regund. 2. 27. — Mehreres hierüber s. Glück P. E. Bd. X. S. 438., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. S. 182.

Zu 2) Der beschenkte Ehegatte kann sie allerdings usucapiren, wenn er nicht wußte, daß es eine fremde Sache sey, l. 24. u. 25. D. 24. 1. Man sollte zwar das Gegentheil glauben; denn wenn er das Geschenkte

nicht für eine fremde Sache hielt, und in so fern nicht in mala fide war, so mußte er sie ja eben für ein Eigenthum des schenkenden Gatten ansehen, und dann war er in Beziehung auf das gesetzliche Schenkungsverbot in mala fide. Das angeführte Gesetz geht aber, indem es die Usucapion auf Seite des Beschenkten zuläßt, von dem Gesichtspunkte aus, daß der ganze Zweck des Schenkungsverbots in dem Fall, wo der Schenker nicht usucapiren konnte, mithin durch die Schenkung nicht ärmer wurde, wegfällt, l. 3. D. 41. 6., und die Meinung des Beschenkten der Wahrheit weichen müsse. Plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione, Glück P. C. Bd. XXVI. S. 39.

Zu 3) Allerdings; — vorausgesetzt nämlich, daß der Mann nicht, wie er wohl konnte, die Schenkung widerrufen hat, l. 32. § 10. D. 24. 1. — l. 1. § 2. D. 41. 6. — denn, wäre auch allenfalls der titulus donationis während der Ehe zur Usucapion nicht geeignet gewesen, weil z. B. der Mann selbst hätte usucapiren können, so wird — wie Paulus l. 24. D. 24. 1. sagt — dieses vitium durch Aufhebung der Ehe purgirt, und dem Beschenkten kommt in diesem Falle selbst der Besitz des Schenkenden zu Statten, sofern diesem das Recht der Usucapion zustand, l. 13. § 11. D. 41. 2., Glück l. c. S. 42.

Zu 4) Nein; bei der donatio mortis causa erwirbt der beschenkte Ehegatte die Sache nur dem Eigenthümer, nicht dem donator gegenüber, l. 13. pr. l. 33. D. 39. 6. Glück l. c. S. 44.

Zu 5) Nein; durch die Dotalbestellung kann die zuvor schon begonnene Verjährung des fundus dotalis nach l. 16. D. 23. 5. nicht alterirt werden.

Zu 6) Regel ist es allerdings, daß Derjenige, welcher, ungeachtet ihm die Veräußerung der Sache untersagt ist, dieselbe von einem Andern usucapiren läßt, durch diese Zulassung eben auch eine Veräußerung begeht, mithin sein factum omissivum der Nichtigkeit unterliegt; alienationis verbum etiam usucapionem continet, vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi, l. 28. pr. D. 50. 16. — l. 12. § 4. D. 6. 2. — und demnach ist sowohl die Usucapion des unmittelbaren als eines weiteren Empfängers ausgeschlossen, auch wenn der rechtswidrige Veräußerer von dem Besitz dieses letztern keine specielle Kenntniß hat, l. 28. pr. D. 50. 16. — l. 12. § 4. cf. l. 9. § 5. D. 6. 2. Puchta Lehrb. d. Pand. § 134. Namentlich gehören dahin a) solche Sachen bevormundeter Personen, deren Veräußerung nicht ohne Decret geschehen kann, l. 48. pr. D. 41. 1. — b) Dotalgrundstücke, welche der Mann nicht veräußern kann, l. 16. D. 23. 5. — c) vermachte Sachen, welche der Erbe mala fide veräußert, l. 3.

§ 3. C. 6. 43. Indessen ist die Regel, wie v. Vangerow l. c. § 317. bemerkt, nicht ohne alle Ausnahme; denn res litigiosae sind, ungeachtet deren Veräußerung gesetzlich verboten ist, doch der ordentlichen Verjährung unterworfen, l. 1. C. 7. 33.

Zu 7) Wer das Eine oder Andere kannte, wird durch mala fides ohne Zweifel an der schützenden, wie an der erwerbenden Verjährung verhindert, wie dies von dem Verbot des Prätors in l. 12. D. 41. 3. ausdrücklich gesagt ist. Wer aber Eines oder das Andere nicht kannte, warum sollte er nicht usucapiren können? Vergl. v. Vangerow l. c. § 317. no. 10. Dem testamentarischen Verbot ist zwar eine die Usucapion verhindernde Wirkung in dem besonderen Fall einer von den Vormündern verbotswidrig vorgenommenen Veräußerung in l. 2. C. 7. 26. beigelegt, allein die Singularität des Falles scheint keine Ausdehnung zuzulassen, s. Unterholzner l. c. Bd. I. § 38., v. Vangerow l. c.

Zu 8) In Beziehung auf res merae facultatis wird die Verjährbarkeit häufig geläugnet, s. Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. § 25. S. 97. Es scheint aber richtiger, anzunehmen, daß, sobald ein Anderer in Hinsicht auf deren Vornahme oder Unterlassung ein Zwangsrecht und einen Besitzstand behauptet, auch Verjährung, freilich aber nur die qualificirte, Platz greifen könne, s. Erk. d. O. A. G. in Celle in Seuffert's Archiv Bd. VII. H. 2. S. 169. Vergl. Pufendorf Obs. jur. univ. T. II. Obs. 92. T. III. Obs. 160. u. 185. § 32. u. 44., Mevii Dec. P. I. Obs. 60., Thibaut über Besitz und Verjährung § 84. not. 1., Glück P. C. Bd. I. S. 113. Im Allgemeinen ist anzunehmen, daß Verjährung nur in den Fällen gilt, für welche sie in den Gesetzen statuirt wird, Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. § 25., Thibaut über Besitz u. Verjährung § 38. S. 117. Obligationsverhältnisse können nicht durch erwerbende Verjährung begründet werden, Thibaut l. c. § 37. S. 113., Unterholzner l. c. Bd. II. S. 298., jedoch durch Immemorial-Verjährung alsdann, wenn von Obligationsverhältnissen juristischer Personen und fortdauernder Classen von Staatsbürgern die Frage ist, Kritz exegetisch-prakt. Abh. S. 149. § 2., Erk. d. O. A. G. zu Jena in Seuffert's Archiv Bd. VII. H. 1. S. 3.

Was den Beweis der ordentlichen Ersitzung betrifft, so wird nach der gemeinen Meinung derselbe als geführt angesehen, wenn der Besitz zu Anfang und zu Ende der nöthigen Frist und der Erwerbsgrund dargethan ist; der der mittleren Zeit, der Fähigkeit der Sachen und der bona fides werden durch Vermuthung ergänzt, — demnach ist es Sache des Gegners, den Mangel dieser Momente darzuthun, Sintenis Civilr.

Bd. I. S. 512. not. 91., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. § 139. S. 497.

Zu 9) Dies scheint um deswillen zweifelhaft, weil das Institut der Verjährung um des gemeinen Besten willen begründet ist; da aber der nächste Zweck doch nur den Einzelnen betrifft, so möchte wohl der Entsagung des eigenen Vortheils nichts im Wege stehen, auch kann vom Käufer und Verkäufer nach l. 31. § 22. D. 21. 1. in den Redhibitionsfällen die Uebereinkunft getroffen werden, daß die gesetzlich nur auf kurze Zeit beschränkte Redhibition zu jeder Zeit (in perpetuum) stattfinden solle, Unterholzner l. c. § 28. S. 102.

Zu 10) Die in Seuffert's Erörterungen Bd. II. S. 29. aufgestellte Ansicht, ein titulus putativus reiche niemals hin, ausgenommen den Fall, wenn auch der Tradent im Irrthum war, oder wenn neben dem irrig geglaubten Titel ein titulus verus wirklich vorhanden war, wird widerlegt durch l. 11. D. 41. 4. u. l. 5. § 1. D. 41. 10. — v. Vangerow Pand. Bd. I. § 319., Unterholzner l. c. § 108. S. 359. Ausnahmsweise — lehrt Puchta im Lehrb. der Pand. § 135. — kann sogar die justa causa überhaupt und unbestimmt in dem Vorhandenseyn eines guten Grundes für den Irrthum bestehen, ohne daß ein Erwerbsgrund wirklich existirt, l. 4. § 2. l. 5. D. 41. 10.

Die Schwierigkeiten dieser Lehre lösen sich zufolge der gründlichen Entwickelung von Stinzing, vom Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usucapionslehre, Heidelberg 1852., wohl am einfachsten dahin: Indem zur Ersitzung nicht der Beweis eines vollgültigen Erwerbsgrundes erfordert wird, muß der Nachweis von Thatsachen genügen, welche die Wahrscheinlichkeit eines rechtlichen Erwerbes begründen, l. 11. D. 41. 4. — l. 4. § 2. l. 5. D. 41. 10., welche Stelle sogar Fälle bezeichnet, wo ein Erwerbsgrund wirklich nicht existirte, der Erwerber aber guten Grund hatte, ihn als vorhanden anzunehmen. Da eine Diligenz in Erforschung etwaiger Mängel an der Gültigkeit des Geschäfts nicht gefordert wird, so hat Irrthum und Unwissenheit thatsächlicher Hinderungsursachen einen ziemlich weiten Spielraum, s. z. B. l. 2. § 15. D. 41. 4. — l. 5. § 1. D. 41. 10. — So, wenn ein Vormund in der Auction seines Mündels, oder ein Procurator im Auftrage seines Principals in derselben als Käufer auftritt, so ist der Handel nichtig, weil Niemand von sich selbst kaufen kann, l. 5. § 2—6. D. 26. 8. Demungeachtet wird ihm die Usucapion in l. 2. § 8. 9. D. 41. 4. gestattet. Die Macht der Zeit ist das Ergänzende, aber nur dann, wenn dem Erwerbenden nicht bewiesen werden kann, daß er wußte, daß dabei das Recht irgend eines Andern verletzt sey; denn wußte er

dies, so wird durch mala fides die Usucapion verhindert. Die bona fides hat dagegen in der Usucapionslehre ihre specielle Beziehung nur auf das Nichtwissen der Mängel der Erwerbung, nämlich des Unrechts des Autors oder der Fehler des Erwerbsactes. Dieses Nichtwissen nützt aber zur Usucapion blos in Beziehung auf Thatsachen, der Rechtsirrthum hingegen schadet, l. 4. D. 22. 6. Ein Plenarbeschluß des geh. Obertribunals in Berlin statuirt: wo der Uebergang des Eigenthums aus einem Geschäft durch Vernachlässigung der gesetzlichen Form gehindert wird, kann das formlose Geschäft auch als Rechtstitel zur Ersitzung nur in so fern wirken, als der Erwerber die Ungültigkeit desselben zufolge eines entschuldbaren faktischen Irrthums verkannt hat, indem die auf einem Rechtsirrthum fußende Ueberzeugung, Eigenthümer geworden zu seyn, als bona fides nicht in Betracht kommt, s. Entsch. d. geh. Obertribun. Bd. VI. S. 486.

Zu 10 a) Da eine vieljährige Leistung, wenn ihr auch ein Irrthum zum Grunde gelegen wäre, nicht leicht einen verzeihlichen Irrthum annehmen läßt, so wird auch das Restitutionsbegehren in der Regel zu verwerfen seyn, l. 16. D. 4. 6. — l. 35. D. 8. 3. — l. ult. C. 7. 33. Wunderlich Diss. de restitutione in integrum contra praescriptionem ex capite ignorantiae non competente. Jenae 1754., Struv. Exerc. 8. th. 76., Wernher T. III. P. I. Obs. 483. Z. B. ein Kircheninspector, welcher einen Erbzins als einen Theil seiner Besoldung von den Gütern seiner Eingepfarrten zu erheben angewiesen war, forderte solchen vom Bauern A. Dieser verweigerte ihn, ob er ihn gleich schon 20 Jahre lang entrichtet hatte, aus dem Grunde der Unverbindlichkeit, indem er ihn nicht schuldiger Weise bisher blos aus Irrthum entrichtet habe, weshalb er nöthigenfalls um rest. in integrum bat. Derselbe wurde aber aus vorstehenden Gründen damit abgewiesen, s. Schmidt hinterlassene Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 294., vergl. Thl. I. S. 223. Fr. 15.

Zu 11) Die Meinungen hierüber sind verschieden. Puchta nahm in seinem früher erschienenen System des Civilr. S. 70. no. 4. an: „wenn durch unfreie (der Gewalt des Erwerbers unterworfene) Mittelspersonen, z. B. Hauskinder, Sklaven, der Besitz erworben wird, so müssen Beide, der Erwerber und der Repräsentant, in bona fide seyn.“ Im Lehrb. d. Pandecten § 135. findet man seine Meinung folgendermaßen abgeändert: „bei dem Erwerb des Besitzes durch Repräsentanten kommt es darauf an, in wessen Person, des Repräsentanten oder des dominus, der Usucapionsbesitz beginnt, dessen bona fides wird erfordert.“ Dafür wird angeführt l. 2. § 12. l. 11. D. 41. 4. — Nach Unter-

Holzner l. c. Bd. I. § 120. soll es nicht darauf ankommen, ob Derjenige, der die Besitzerwerbung vermittelt hat, mit den zu erwartenden Anfechtungen des Besitzes bekannt gewesen sey, sondern es müsse vielmehr die Person Desjenigen, dem der redliche Besitz zu Gute kommen soll, in Betrachtung gezogen werden. Eine Ausnahme hiervon könne nur da angenommen werden, wo es bei der Besitzerwerbung auf den Willen des dominus gar nicht ankommt, z. B. wenn Vormünder für willenlose Curanden, Geschäftsführer juristischer Personen (v. Savigny Recht d. Bes. S. 278.) für diese erwerben, oder wenn Sklaven oder Kinder, die in häuslicher Abhängigkeit stehen, eine Besitzerwerbung gemacht und dabei nicht unmittelbar für den Herrn oder Vater, sondern für ihr peculium gehandelt haben, doch könne im letzteren Fall dem Herrn oder Vater die zufällig von Anfang an*) erlangte Wissenschaft von diesem Erwerb schaden, wenn er nicht selbst sich in redlicher Meinung befand. — Im Wesentlichen stimmt hiermit v. Vangerow l. c. § 321. not. 2. überein, indem er den Unterschied als entscheidend betrachtet, ob von solchen Fällen die Rede ist, in welchen der Stellvertreter auch ohne unser Wissen für uns Besitz erwerben kann, oder von solchen, in denen zum Besitzerwerb immer auch unsere Wissenschaft hinzutreten muß. In den letzten Fällen, welche bekanntlich die Regel ausmachen, kommt es blos auf die bona oder mala fides des Principals, nicht auch des Stellvertreters an, in den ersteren blos auf die des Stellvertreters, cf. l. 8. pr. l. 31. § 3. l. 43. § 1. l. 47. D. 41. 3. — l. 2. § 10—14. l. 7. § 8. D. 41. 4.

Bezüglich der weiteren Frage, ob es von dem oben im Kap. I. § 2. Fr. 1. für die Erwerbung des Usucapionsbesitzes durch Stellvertreter als wesentlich bezeichneten Erforderniß der scientia domini keine Ausnahme gebe, ist die Eigenthümlichkeit der Prädialservituten in das Auge zu fassen, wie in folgendem Falle anschaulich wird.

Es handelte sich von dem Verjährungserwerb des Jagdrechts auf gewissen Feldmarkungen für ein Gut, welches die Verjährungszeit hindurch für die fortwährend abwesenden Eigenthümer administrirt worden war. Gegen die behauptete Ersitzung wurde eingewendet, daß durch sämmtliche bekundete Besitzhandlungen der Besitz dem Beklagten selbst nicht erworben seyn könne, indem, wenn ein Besitz durch Stellvertreter erworben werden solle, auf Seite des Vertretenen entweder Auftrag oder Wissenschaft und Genehmigung erfordert werde, im vorliegenden Falle

---

*) In Ansehung der mala fides superveniens kommt indessen h. z. T. das canonische Recht in Betracht.

aber, da die Besitzer des Guts seit mindestens 40 Jahren abwesend seyen, weder jenes noch dieses der Fall, oder nur behauptet worden sey. Demungeachtet wurde zu Gunsten des Gutsbesitzers erkannt, verbis: „die zur Wahrnehmung von Rechten des Guts angestellten Personen (Verwalter und Forstofficianten) sind vermöge ihres Dienstverhältnisses zur Vornahme solcher Handlungen befähigt. Da es ferner als erwiesen anzunehmen ist, daß die bezeugte Jagdausübung als eine Gerechtsame des Guts und für dasselbe vorgenommen worden, so bedarf es überall nicht des Beweises eines weiteren speciellen Auftrags, oder des Umstandes, daß die fragliche Jagd mit Wissen der Eigenthümer ausgeübt worden sey," s. Erk. des O. A. G. zu Celle in der jurist. Zeitschr. für Hannover Jahrg. 22. H. 3. S. 87.

Zu demselben Ergebniß führte ein Urtheil der Facultät Halle in einem ähnlichen in poss. summariissimo entschiedenen Fall. „Es muß in Folge der besonderen für servitutes praediorum geltenden Grundsätze behauptet werden, daß der Besitz solcher Rechte in weiterem Umfange als der der körperlichen Sachen durch Vermittelung Dritter erworben werden kann. Da nämlich der dominus praedii dominantis selbst nur Stellvertreter dieser Sache, als des eigentlich berechtigten Subjects ist, so erscheint die Stellvertretung zur Erwerbung des Besitzes einer solchen Servitut auch durch andere Personen, als den Eigenthümer der herrschenden Sache zulässig. Wenn in dieser Hinsicht l. 5. l. 6. pr. l. 20—24. D. 8. 6. — l. 1. § 7. l. 3. § 4. D. 43. 19. vorzugsweise von Wege-Servituten reden, und zwar zum Theil mit specieller Beziehung auf das interd. de itinere actuque priv., so ist doch kein Grund vorhanden, an gleichmäßiger Geltung jenes Princips für andere serv. praed. rust. zu zweifeln, und es kann keinem Bedenken unterliegen, daß der durch das possess. summariissimum gewährte Schutz sich mindestens eben so weit erstreckt, als der des genannten Interdicts. Dagegen reden die allegirten Stellen allerdings durchgängig von einem uti servitute, oder retinere servitutem, im Gegensatz des non uti und non utendo amittere; und es fehlt daher nicht an Juristen, welche zwar zugeben, daß der Pächter, der Gast, ja selbst ein völlig Fremder dadurch, daß sie nomine praedii die Servitut ausüben, den schon erworbenen Besitz conserviren, aber läugnen, daß solche Mittelspersonen geeignet seyen, den Besitz einer Servitut dem praedio zu erwerben, Sintenis Civilr. Bd. I. S. 585. Allein die andere Ansicht verdient um so mehr den Vorzug, als sie durch das argumentum a contrario aus l. 1. § 8. D. 43. 19. deutlich hervorgeht, vergl. Heerwart in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 196., Albert Besitz unkörperlicher Sachen

S. 22., Emminghaus Pand. des gem. sächs. Rechts S. 224. no. 59.

In einem Urtheil der Facultät Jena v. J. 1846. ist ausgesprochen: die von der eigentlichen usucapio handelnden Gesetzesstellen, l. 1. C. 7. 32. — l. 47. 49. § 2. D. 41. 2., nach welchen der Ersitzende, sobald er den Besitz nicht in eigener Person ausgeübt hat, die usucapio erst von dem Momente, wo der Usucapient Kenntniß von der Besitzergreifung und Besitzausübung seines Repräsentanten erhält, beginnt, lassen sich nicht analog auf Ersitzung der Prädialservituten anwenden. In dieser Beziehung waltet ein anderes Princip ob. Schon der Begriff der Prädialservitut bringt mit sich, daß die Person des jeweiligen Eigenthümers, weil sie einem steten Wechsel unterworfen ist, bei den Besitzverhältnissen des Guts in den Hintergrund tritt. Der Besitz soll dem Gute selbst erworben werden, eben so die Servitut; diese soll nur dem jeweiligen Eigenthümer als solchem, als integrirender Theil des Guts, zu Nutze kommen. Es würde eine Inconsequenz genannt werden müssen, wenn auch in solchen Fällen die Wissenschaft des jeweiligen Eigenthümers des Guts, der die Servitut nicht für seine Person in Anspruch nimmt, erfordert würde, wie dies alsdann ganz folgerichtig wäre, sobald Jemand für seine Person das Eigenthum einer res corporalis erworben haben will. Es muß hinreichen, wenn die Servitut Namens des Guts ausgeübt worden. Daher erklärt sich l. 1. § 7. und 11. D. 43. 19. l. 3. § 4. ib. l. 5. 6. pr. D. 8. 6. — l. 20. 24. eod., s. Albert l. c. § 19. Das Abstrahiren von einer Repräsentation des Gutseigenthums erscheint in jenen Stellen nicht als Singularität, sondern als Ergebniß der Wissenschaft und Praxis aus der juridischen Natur der Prädialservituten. Der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks handelt nicht sowohl proprio nomine, als fundi nomine. In l. 5. § 3. D. 43. 19. — l. 10. pr. D. 8. 5. wird zur Ersitzung einer Servitut nur das usum se per annos forte tot non vi, non clam, non precario verlangt; dieselben Worte kommen in obigen Stellen vom interdict. de itinere vor. Was die römischen Juristen, die nur als Vorbilder bei der Behandlung des juristischen Stoffs dienen sollen, als Interpreten des Edicts zu thun berechtigt waren, das dürfen auch wir als Interpreten der Schriften der römischen Juristen thun, s. Emminghaus l. c. S. 225. no. 60.

Zu 12) Man konnte die Bejahung dieser Frage früher als herrschende Lehre annehmen, s. v. Savigny in der Zeitschr. f. geschichtl. R. W. Bd. V. S. 21., Roßhirt im civilist. Archiv Bd. IX. no. 1. und in s. Zeitschr. Bd. I. S. 121., Göschen Grundr. S. 127.,

Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. § 265. not. 7.; dagegen unter den Neueren bedeutende Autoritäten für die Verneinung sich erklärt haben, namentlich Unterholzner im Rhein. Museum Bd. V. S. 26. mit Abänderung der in seiner Verjährungslehre Bd. I. § 107. noch befolgten Ansicht, Arndts im Rh. Mus. Bd. II. S. 125., Fabricius das. Bd. IV. S. 195., v. Löhr im civilist. Archiv Bd. XII. S. 85. not. 2., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. I. § 132., Thibaut System d. P. R. § 1013. (Ed. 8.), v. Vangerow Pand. Bd. I. § 320. not. 1., welch' Letzterer über diese, wie über alle erheblichen Controversen d. R. R. mit eigenthümlicher Schärfe und Präcision die Gründe und Gegengründe abgewogen hat.

Zu 13) Daß die bona fides nicht blos im Moment der Tradition, sondern auch des Vertragsabschlusses nöthig ist, l. 48. D. 41. 3. — l. 2. § 6. D. 41. 4. Indessen kann dem erforderlichen Bewußtseyn eines wirklichen Kaufsgeschäfts auch eine justa causa erroris unterliegen, mit welcher bona fides wohl bestehen kann, z. B. wenn Derjenige, welchen wir zur Abschließung eines Kaufsgeschäfts bevollmächtigt haben, uns die Sache mit der Versicherung des geschlossenen Contracts übergiebt. Ist aber statt des wirklich gekauften Objects irrthümlich ein anderes übergeben, so findet keine Usucapion Statt, l. 2. § 6. D. 41. 4. Hiernächst wird das Erforderniß, daß der Kaufpreis entweder bezahlt oder creditirt sey, auch zum Zweck der Usucapion als unerläßlich gelten müssen, weil die Tradition aus dem Grunde eines Kaufgeschäfts bekanntlich nur unter derselben Voraussetzung das Eigenthum überträgt, s. v. Vangerow l. c.

Zu 14) Diese Streitfrage wird bejahend beantwortet von Donell im Comment. jur. civ. Lib. V. c. 14. § 13. u. Arndts im civilist. Archiv Bd. XIII. S. 283 rc., dagegen verneinend von Danz in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 273., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. S. 400. Die letztere Ansicht findet sich am vollständigsten gerechtfertigt in v. Vangerow Pand. Bd. I. § 320. not. 3., unter Andern bezüglich l. 3. § 1. l. 5. l. 7. pr. D. 6. 2. — doch nicht ohne Unterschied der verschiedenartigen Fälle:

1) Wenn Jemand durch eine actio in personam zur Herausgabe einer Sache verurtheilt worden ist, so kann dem Sieger schon nach den Grundsätzen des tit. pro soluto die Usucapion nicht bezweifelt werden.
2) Derjenige, welchem in einem Theilungsjudicium ein Gegenstand adjudicirt ist, kann denselben auf den Grund der Adjudication usucapiren.

3) Wenn der mit einer Vindication belangte Besitzer absolvirt wird, so kann dieses Erkenntniß, welches blos den Kläger abweist, weil er sein Eigenthum nicht beweisen konnte, mithin blos eine Negation enthält, für den Beklagten nicht als Grund seiner Besitzerwerbung gelten und keine Berechtigung zur Usucapion gewähren.

4) Der siegende Vindicant kann das rechtskräftige Erkenntniß, Dritten gegenüber, nur als Beweismittel, nicht als Usucapionstitel gebrauchen, v. Scheurl Beitr. Bd. II. H. 1.

Anderweiten Disceptationen scheint kaum ein praktisches Interesse abgewonnen werden zu können. Es mag daher genügen, auf die Untersuchung der ganzen Streitfrage in v. Vangerow's Pandecten Bd. I. § 320. not. 3. u. Stephan im civilist. Archiv Bd. XXXI. S. 353. zu verweisen.

Zu 15) Man pflegt diesen Unterschied also darzustellen: ein successor universalis succedirt in possessione *) und in fide, ein successor singularis succedirt nur in possessione, nicht auch in fide. Der Universalnachfolger setzt nämlich den Besitz des Vorgängers (und zwar auch mit Einschluß der Periode, wo hereditas jacens war, so daß, wenn in dieser Zeit die Usucapion vollendet war, der Erbe blos nicht einen Augenblick besessen zu haben braucht, l. 30. pr. D. 4. 6. — l. 40. l. 44. § 3. D. 41. 3.) nothwendig fort, possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem (l. 30. cit.), was ihm nicht blos zum Vortheil, sondern auch zum Nachtheil gereichen kann. War nämlich der Erblasser in mala fide, so kann der Erbe nicht usucapiren, und nicht einmal einen Usucapionsbesitz anfangen, wenn auch er selbst in bona fide wäre, § 12. J. 2. 6. — l. 2. § 19. D. 41. 4. — l. 11. l. 14. § 1. D. 44. 3. — l. 30. pr. D. 4. 6. — l. 11. C. 7. 32. — l. 15. pr. l. 43. D. 41. 3. — l. 4. C. 7. 29. War aber der Erblasser in bona fide, so nützt diese auch dem Erben, ohne daß es auch in seiner Person auf bona fides ankommt (was aber nach canonischem Recht, welches *continuam* bonam fidem erfordert, anders geworden ist,

*) Ueber accessio possessionis s. vorzüglich tit. Dig. 44. 3. — l. un. C. 7. 31. — Nov. 119. Gajus IV. 151. Ohne Zweifel findet sie ohne Unterschied zwischen onerosem und lucrativem Titel Statt, l. 11. C. 7. 33., sowohl für den Interdicten- als Usucapionsbesitz. Auch res judicata, sowohl in persönlichen als dinglichen Klagsachen, kann als zulässiger Titel bei der accessio possess. gelten, l. 13. § 9. D. 41. 2., mit Rücksicht auf das zu Nr. 14. Gesagte. Auch bei der Klagenverjährung ist accessio poss. anwendbar, s. Denzinger die accessio possessionis S. 81 ꝛc.

Brendel Kirchenrecht § 453.). Der Singularnachfolger dagegen kann, wenigstens in seiner Person, wenn er in possessione bonae fidei ist, und justum titulum hat, die Usucapion anfangen, er kann aber auch unter gleichen Voraussetzungen, und wenn keine Unterbrechung stattgefunden hat, den Besitz seines Vorgängers, wenn dieser in conditione usucapiendi war,*) sich zu gute rechnen, Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 259. Für die accessio possessionis ist noch zu bemerken, daß hierzu nicht, wie sonst zur Verjährung, titulus putativus hinreicht, l. 2. § 16. D. 41. 4., s. Warnkönig Comm. § 261., Unterholzner Verjährungslehre § 134., Denzinger die accessio possessionis nach dem römischen und canonischen Rechte. Eine von der Juristenfacultät in Würzburg gekrönte Preisschrift. Würzb. 1842. S. 85. —

Zu 16) Wenn man einen solchen Anspruch auf Immunität auf eine dem Berechtigten entgegenstehende Verjährung gründen wollte, so würde nach den von Thibaut über Besitz und Verjährung § 38. u. 60. und von den meisten neueren Rechtslehrern, vergl. Kind qu. for. T. II. Cap. 48. Ed. 2., Gottschalk Discept. for. T. II. Cap. 8., Erkenntn. des O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 18[illegible], [illegible]. angenommenen Grundsätzen erforderlich seyn, daß dem Berechtigten ein Widerspruch erhoben worden sey und dieser sich so lange dabei beruhigt habe, als er zur extinctiven Klagenverjährung Zeit braucht. Die einheimischen deutschen Rechtsinstitute können nämlich nicht nach dem römischen Recht der Servituten behandelt werden, durch einen 10- oder 20jährigen Nichtgebrauch geht daher ein Recht nicht verloren, nur das Klagrecht erlischt nach 30 Jahren. v. Bülow und Hagemann in den rechtl. Erörter. Bd. V. S. 225. unterstellen, wenn dergleichen Befreiungen, z. B. auch von Gemeindelasten, 30—40 Jahre lang, ungeachtet während dieses Zeitraums mehrere zur Anforderung geeignete Fälle stattgefunden hatten, bestanden haben, den Begriff eines rechtlichen Herkommens; allein eine Observanz im rechtlichen Sinne kann nur Rechts-

---

*) Nur höchst singuläre Fälle sind es, wo auch eine injusta possessio des Vorbesitzers dem Nachfolger beigerechnet werden kann; z. B. wenn eine Sache, die Jemand precario besessen, an den vorigen Besitzer zurückgelangt, so kommt diesem jener Zwischenbesitz Behufs der Usucapion zu Statten, l. 15. § 7. D. 41. 2., oder wohl auch in dem Fall, wo dem Vorbesitzer, welcher in so fern mala fide besaß, als er einen Andern (wenn gleich irrig) für den wahren Eigenthümer hielt, gerade dieser Andere im Besitz folgte, vergl. Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens § 10., Denzinger l. c. S. 134. u. 139.

sätze, nicht aber subjective Befugnisse zum Gegenstande haben, Hufnagel Mittheilungen aus der Praxis der Würtemberger Gerichte. N. F. H. 1. S. 79.

Zu 17) Die Frage muß zwar, so wie sie gestellt ist, geradezu verneint werden, s. l. 44. § 5. D. 41. 3. — l. 1. § 2. D. 20. 1. — l. 2. pr. D. 41. 5. — l. 7. C. 8. 14.; damit ist aber — wie v. Vangerow l. c. § 324. gegen die Zweifel Unterholzner's in der Verjährungslehre Bd. II. S. 283. bemerkt — blos gesagt, daß mit der ordentlichen Eigenthumsverjährung nicht auch die auf der verjährten Sache haftenden Pfandrechte erlöschen. Dies hindert aber nicht, daß der Besitzer in gutem Glauben, welcher von dem pfandschaftlichen Nexus nichts weiß, die ihren eigenthümlichen Regeln folgende 10—20jährige Präscription gegen die Pfandklage eines Gläubigers gebrauchen könne, welche übrigens nicht schon immer von dem Augenblick des Besitzerwerbs, sondern jedenfalls erst mit dem Anfang des Pfandrechts beginnen kann. Gesetzt also, es hat Jemand eine fremde Mobilie schon 2 Jahre im Usucapionsbesitz und nun verpfändet der Eigenthümer sein ganzes Vermögen, und damit auch jene Mobilie an einen Dritten, so hat zwar der Besitzer nach Ablauf eines Jahres das Eigenthum jener Mobilie erworben, aber um den Creditor von der Pfandklage auszuschließen, müssen nothwendig noch ferner 9 Jahre ablaufen.

Zu 18) Die Entstehungsart eines Rechtsinstituts bildet sehr natürlich die Grundlage seiner Beurtheilung. Man stößt zwar hierbei auf verschiedene Ansichten; s. Unterholzner l. c. § 177 rc., Fritz Erläuterungen zu Wening-Ingenheim S. 332.; indessen wird man unbedenklich der wohlerwogenen Darstellung folgen können, welche wir v. Vangerow's Pand. Bd. I. § 325. entnehmen.

In der l. 8. § 1. C. de praescr. XXX. annor. (7. 39.) verordnete Justinian, daß Derjenige, welcher sich in der Lage befinde, sich gegen die Reivindication des Eigenthümers durch 30- oder mehrjährige Extinctivverjährung schützen zu können, dann, wenn er den Besitz bona fide angefangen habe, nicht mehr blos eine exceptio, sondern selbst auch eine actio in rem haben solle. Hieraus folgt, daß bei der neuen außerordentlichen Verjährung allgemein die Grundsätze entscheiden müssen, welche von der Extinctivverjährung gegen die rei vindicatio gelten, und außerdem noch die bona fides, und zwar nach den Bestimmungen des canonischen Rechts die fortdauernde bona fides hinzukommen müsse. Daher sind, — während der ordentlichen Verjährung gar viele Sachen nicht unterworfen sind, — der außerordentlichen Verjährung — abgesehen natürlich von solchen Sachen, welche extra commercium sind — nur diejenigen Sachen

entzogen, in Betreff welcher auch eine Extinctivverjährung nicht laufen kann, nämlich Sachen der Pupillen, und solche Sachen, bei welchen der Klage ein impedimentum juris entgegensteht, nämlich Dotalsachen, tigna aedibus alienis juncta, und Sachen, die zu einem peculium adventitium regulare gehören. *)

Eine wesentliche Verschiedenheit der außerordentlichen von der ordentlichen Verjährung liegt ferner darin, daß zu jener kein titulus erforderlich ist.

Die außerordentliche Verjährung fängt mit dem Augenblicke zu laufen an, in welchem die rei vind. des Eigenthümers actio nata ist, was z. B. auch dann von Bedeutung ist, wenn der Präscribirende durch beauftragte Stellvertreter den Besitz erwirbt. Die Usucapion fängt in einem solchen Falle erst mit dem Augenblicke der erlangten Wissenschaft von Seite des Principals an, während die außerordentliche Verjährung schon mit dem Moment der wirklichen Besitzergreifung beginnt. —

Indem die praescr. longissimi temporis sich ganz nach den Grundsätzen der Extinctivverjährung richtet, erfordert sie auch eine viel längere Zeit, als die ordentliche Verjährung, nämlich 30—40 Jahre, und weicht auch in der Zeitrechnung auf eine dem Verjährenden beschwerlichere Weise ab, indem der letzte Tag abgelaufen seyn muß.

In Ansehung der Unterbrechung hat es denn gleichfalls die nämliche Bewandtniß, wie mit der Extinctivverjährung der act. perpetuae, daß die Unterbrechung schon durch die Mittheilung der Klage an den Beklagten unterbrochen wird. —

Streitig ist übrigens, ob gegen die praescr. XXX vel XL annorum Restitution stattfinde, wie sehr allgemein wegen l. 3. C. 7. 39. verneint wird, s. Unterholzner l. c. § 136 rc., Thibaut über Besitz und Verj. § 65. u. 73., indem man die Worte der leg. cit. „non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat huic eximenda sanctioni“ auf Unzulässigkeit der Restitution bezieht, während sie nach gründlicher Ausführung Anderer nur besagen, daß die angeführten Umstände, welche bei den

*) Nach einer besonderen Vorschrift der Carolina Art. 209. soll auch noch abweichend vom R. R. an gestohlener oder geraubter Habe durch einige Länge der Zeit kein Gewehr ersessen werden. v. Vangerow l. c. findet diese Bestimmung so klar, daß er Unterholzner's Meinung in der Verjährungsl. Bd. I. S. 200. nicht beistimmen kann, welcher auch dabei die außerordentliche Verjährung stattfinden lassen will. Freilich muß man aber dabei den vom R. R. sehr abweichenden deutschrechtlichen Begriff von gestohlenen Sachen nicht außer Augen lassen.

actiones temporales als Hindernisse der Verjährung gelten, bei der praescr. XXX vel XL annor. als solche nicht in Betracht kommen sollen, s. Burchardi Lehre v. d. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 135., v. Vangerow l. c. §. 177. not. 12. Die Restitution könnte demnach nur ex speciali legis dispositione ausgeschlossen seyn, z. B. wenn die qu. inoffic. test. verjährt ist, indem hier nur ex *magna* et justa causa restituirt werden soll. l. 8. §. 17. D. 5. 2. — oder, wenn die der Restitution selbst gesetzte Verjährungszeit abgelaufen ist.

Zu 19) Die Antwort auf diese Frage kann wohl nur verneinend ausfallen. Das Gegentheil statuirte gleichwohl ein oberappellationsgerichtliches in Hagemanns prakt. Erörter. Bd. VI. S. 201. angeführtes Erkenntniß in einem solchen Fall, wo die Prohibitiv-Verordnung blos im Interesse des Verbietenden ergangen, das Gegentheil aber lange Zeit hindurch von ihm selbst zugelassen worden war. Es betraf eine Streitigkeit zwischen dem Gutsherrn und den Leseholzberechtigten über den Gebrauch der Aexte und Hacken von Seite der Letzteren, während doch ein gutsherrliches Verbot dagegen vorgelegen war. Die Leseholzberechtigten beriefen sich dagegen auf ihren unfürdenklichen Besitz, und es wurde ihnen in judicando der Beweis desselben nachgelassen, weil vorauszusetzen sey, daß die Berechtigten und Verpflichteten, indem sie seit undenklichen Zeiten eine Einrichtung bestehen ließen, welche der Prohibitivverordnung zuwider war, auf das zu ihrem einerseitigen und gegenseitigen Besten gegebene Gesetz freiwillig verzichtet hätten. Diese Entscheidung scheint sich zwar durch die Betrachtung zu rechtfertigen, daß einem Gesetz durch eine mit Genehmigung des Gesetzgebers gebildete Gewohnheit ohne Zweifel derogirt werden könne. Aber war denn von einem Rechtsgesetz und einer Rechtsgewohnheit hier zu sprechen, und nicht vielmehr von polizeilichen Anordnungen, welche zu jeder Zeit wieder erneuert werden konnten? —

Zu 19*) Diese Frage ist aus dem Grunde zu verneinen, weil ihnen dieses Recht nur als regierenden Häusern, bei denen von einem fiscus die Rede seyn konnte, zustand, s. Entscheid. d. Göttinger Juristenfakultät in Elvers Themis Bd. I. S. 541.

Zu 20) Ob durch Klage und Litiscontestation die erwerbende Verjährung unterbrochen werde, ist zwar nicht unbestritten, vgl. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 331. (§ 52.), Unterholzner l. c. Bd. I. S. 126., doch ist von den Neueren insgemein angenommen, daß die Grundsätze über Usucapion die einzig im Justinianischen Recht gel-

renden sind, und deshalb für die ordentliche*) Eigenthumsverjährung eine wahre Unterbrechung durch eingeleiteten Proceß nicht angenommen werden könne; l. 2. § 21. D. 41. 4. — l. 18. D. 6. 1. cf. l. 17. § 1. l. 21. D. 6. 1., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 323. not. 1. Man kann nur mit Puchta im Lehrb. § 188. sagen, daß die erhobene Klage und ausgewirkte Ladung die Usucapion für den Kläger unschädlich macht. Gewinnt nämlich der Kläger, so muß der Beklagte die Sache herausgeben, und kann sich nicht darauf berufen, daß während des Processes die Verjährungszeit zu Ende gegangen sey. Gewinnt aber der Beklagte, so ist es eben so gut, als wenn der Proceß gar nicht angestellt worden wäre, und die Präscription ist dadurch nicht unterbrochen, s. auch Höpfner Instit. Comm. § 398. So wird z. B der unvordenkliche Besitz der Steuerfreiheit nicht durch geschehene Anforderungen unterbrochen, s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. II. S. 24. und eben so wenig wird durch eine auf einseitiges Anrufen im Processe ertheilte Temporal-Inhibition der Besitz unterbrochen; l. 5. C. 7. 57. Leyser Sp. 462. Med. 25.

Wenn durch usurpatio naturalis die erwerbende Verjährung als unterbrochen erachtet werden soll, so genügt dazu bloße Protestation nicht, sondern es wird eine wirkliche Verhinderung an der Ausübung des behaupteten Rechts erfordert. Nach sächsischem Gerichtsbrauch liegt z. B. bei der Fahrgerechtigkeit die usurp. nat. sowohl im Vorziehen eines Grabens oder Schlagbaums, als im Hinwegweisen des Geschirrs, das ein Umkehren zu Folge hatte. Bona fides wird nunmehr bei späteren Ausübungen problematisch, s. Erkenntn. d. O. A. G. in Dresden in der Zeitschr. f. Rechtspflege Bd. IX. S. 170.

Zu 21) Beim Handlohn kann nur die unvordenkliche Verjährung in Betracht kommen. Sie ist nur auf solche deutschrechtliche Reallasten als Erwerbungsgrund anwendbar, welche in jährlichen oder doch wenigstens in bestimmten regelmäßigen Zeitabschnitten gleichmäßig wiederkehrenden Leistungen bestehen; s. Seufferts Archiv Bd. VI. S. 320. Die Handlohnserhebung hängt aber nicht von dem freien Willen und Bedürfnisse des Berechtigten, sondern von zufälligen, außer seiner Willkühr liegenden Umständen ab, und kann daher nicht in regelmäßig bestimmten Zeitabschnitten, sondern nur bei vorkommenden Besitzveränderungen ausgeübt werden, zwischen welchen oft ein die gewöhnliche und auch die 30- oder 40jährige Ersitzungsperiode überschreitender Zeitraum

---

*) Von der außerordentlichen s. no. 18.

liegt.*) So hat das K. Bayer. O. A. Ger. in 6 Fällen entschieden; s. Seuffert u. Glück Bl. f. R. A. v. J. 1855. no. 1. Anders möchte es aber wohl seyn, wenn in 30—40 Jahren, wie nicht selten der Fall ist, 3 Handlohnsfälle vorgekommen sind.

Zu 22) Die Entscheidung dieser zweifelhaften Frage hängt vorzüglich von dem Urtheil über die Vorfrage ab, ob die Universitäten den piis causis beizuzählen seyen. Das O. A. Ger. zu München entschied in einem in Seufferts Archiv Bd. VI. H. 2. S. 166. erzählten Fall die Vorfrage verneinend, indem Universitäten nach heutiger Verfassung nicht mehr den kirchlichen Instituten**) beigezählt werden können, und dem zufolge die Hauptfrage dahin: daß der Anspruch der Universität auf eine 40jährige Verjährungszeit nicht begründet sey, und auch nicht der auf eine 30jährige Verjährungszeit, ungeachtet den Minderjährigen überhaupt keine unter 30 Jahren laufen könne, weil diese Bestimmung, wie aus l. 1. in f. C. 7. 33. vergl. mit l. 4. C. 2. 54. u. l. 3. C. 3. 29. erhellt, nicht von juristischen Personen gelte, auch wenn ihnen sonst die Rechte der Minderjährigen zustehen. Zur Rechtfertigung der entgegengesetzten, von uns unten im Erbrecht Kap. III. § 5. lit. E. vom Testam. ad pias causas behaupteten Ansicht in Betreff der Vorfrage nämlich der Meinung, daß auch Unterrichtsanstalten, wie alle

*) Ueber die Unterbrechung der Klagenverjährung ist bereits in unserem 1. Band Kap. III. §. 1. lit. f. Fr. 9. S. 191. ff. gehandelt worden; indem hierbei auch bemerkt wurde, daß bei einer gemeinschaftlichen Schuld die Klagerhebung gegen den einen Correus die Verjährung auch gegen den andern Correus nach l. 5. C. 8. 40. unterbricht. Dabei ist es jedoch zweifelhaft, ob diese Vorschrift auch auf die den Römern unbekannten Wechselverbindlichkeiten Anwendung finden könne, wenn z. B. zwei Eheleute gemeinschaftlich einen eigenen oder trockenen Wechsel ausgestellt haben, und die Wechselklage nur dem Ehemann insinuirt wurde, ist damit auch gegen die Frau die Klagverjährung unterbrochen? Scholz in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 405. verneint diese Frage, weil unser Wechselrecht ganz eigenthümliche Verbindlichkeiten erzeuge, und dabei jedenfalls die Präsentation des Wechsels gegen jeden Wechselschuldner vorangehen müsse, und derselbe nur gegen wechselmäßige Behandlung zur Zahlung verbunden sey, also nur, wenn ihm selbst der Wechsel präsentirt worden ist. Diese Ansicht ist jedoch durch die allg. deutsche Wechselordnung über die Präsentation eigner Wechsel nicht mehr als maßgebend zu betrachten.

**) Hier wird der Grund des Privilegiums in der äußeren Autorität gesucht, welche früher die Kirche über alle wohlthätigen Anstalten ausübte, findet man ihn aber vielmehr in dem Wesen derselben als privilegia rei vel causae data, so kann darauf nichts ankommen, welche Autorität nach dem Staatsorganismus über sie waltet.

milden Stiftungen, ohne Unterschied, ob sie auf leibliche oder geistige Bedürfnisse gerichtet sind, den piis causis beizuzählen seyen, dienen die Anmerkungen Seufferts im Archiv I. c., ferner v. Savigny System Bd. II. S. 271., Puchta Pand. § 91. u. 158. vergl. mit § 27., Mühlenbruch Pand. § 263. vergl. mit § 201., Sintenis Civilr. Bd. I. § 31. u. 51. vergl. mit § 15.

---

§ 8. b) Vom unvordenklichen Besitz.*)

1) Worin bestehen die Eigenthümlichkeiten der s. g. Immemorial-Präscription?
2) Wie unterscheidet sich die unvordenkliche Verjährung vom Herkommen?
3) Welcher Zeitraum ist zu derselben erforderlich?
4) Wird die unvordenkliche Verjährung in dem Fall ausgeschlossen, wenn für gewisse Verhältnisse ein vertragsmäßiges oder gesetzliches Verbot der Verjährung besteht?
5) Schützt die Immemorialverjährung gegen verbietende Gesetze?
6) Ist der Grundsatz des gemeinen Processes, daß die Einrede der Verjährung in jedem Stadio processus noch vorgeschützt werden könne, auch auf die Immemorial-Verjährung anwendbar?
7) Wird die Immemorial-Verjährung durch actio et citatio, oder auch durch Protestationen unterbrochen?
8) Findet gegen dieselbe Restitution Statt?
9) Worauf ist das Beweisthema zu richten, wenn eine Parthei den unvordenklichen Besitz vorschützt?
10) Welches Alter müssen die Zeugen haben, und was müssen ihre Aussagen im Wesentlichen enthalten?
11) Kann der Beweis der Unvordenklichkeit auch durch Urkunden geführt werden?
12) Kann auch der Eid als Beweismittel derselben gelten?

---

*) Dieser Materie haben sich in neuerer Zeit drei gekrönte Preisschriften zugewendet: Schelling die Lehre von der unvordenklichen Zeit. München 1835., Buchka der unvordenkliche Besitz. Heidelberg 1841., Friedländer die Lehre von der unvordenklichen Zeit. Marb. 1843. Der dem unvordenklichen Besitz beizulegende Charakter einer Rechtsvermuthung ist vorzüglich ausgeführt von Arndts in dessen Beitr. zum Civilr. H. 1. S. 126. und Heim de vera praescr. immemorialis indole Marb. 1828. Vergl. Bd. I. S. 394. ꝛc. v. d. Zeitverhältnissen.

13) Worauf muß der Gegenbeweis gerichtet werden?
14) Wie viel Zeugen sind zum Gegenbeweis nöthig, und können auch da nur alte Leute als Zeugen zugelassen werden?
15) Können Zehnten und Dienste durch unvordenkliche Verjährung in eine Geldabgabe verwandelt werden?

Zu 1) Der unvordenkliche Besitz in seiner rechtlichen Bedeutung, als gesetzliche Anerkennung von Rechten, welche über Menschengedenken ausgeübt worden sind, oder eines Zustandes, von welchem Niemand weiß, daß je der entgegengesetzte stattgefunden hat, wird zwar insgemein und besonders im canonischen Recht, c. 1. de praescr. in VIto. (2. 13.), sowie auch im Reichsabschied v. J. 1548 dem Rechtsbegriff von Verjährung subsumirt, s. besonders Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. II. S. 8., läßt sich aber, da er blos conservativer Natur ist, in keine der gewöhnlichen Kategorien, — erwerbende oder erlöschende Verjährung — bringen, weshalb die juristische Terminologie in neuerer Zeit in der Bezeichnung einer blos schützenden Verjährung ein Auskunftsmittel gefunden hat, s. Dabelow über die Verjährung § 124.; Neustetel und Zimmern römisch-rechtliche Untersuchungen S. 133. — Im R. R. kommt die Unvordenklichkeit, als den Rechtsschutz begründend, neben dem unbestimmteren Ausdruck vetustas*) nur bei Anstalten, welche in Beziehung auf den ductus aquae über Menschen Gedenken bestehen, vor, s. l. 3. § 4. D. de aqua quotid. et aestiva (43. 20.) l. 1. § ult. l. 2. l. 26. D. de aqua pluv. arc. act. (39. 3.), auf welche sich auch die l. 28. D. 22. 3. bezieht, **) s. Glück P. C. Bd. XXI.

*) S. oben Kap. II. § 2. Abschnitt 1. Nr. 8.

**) Auch da aber erscheint die Unvordenklichkeit nicht als Mittel zur Erwerbung von Dienstbarkeitsrechten; denn dazu reicht schon longum tempus hin, wenn keiner der drei vitia possessionis obwaltet, l. 1. § ult. supra cit. D. (39. 3.), Zimmern l. c., vergl. Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. S. 509. § 141., wo man eine frühere Conjectur desselben Schriftstellers in dessen Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz § 56. aufgegeben findet. Daß zur Erwerbung der servitutes discontinuae die unvordenkliche Verjährung nach R. R. erforderlich sey, ist eine zwar unter den früheren Rechtsgelehrten durch die Glossatoren allgemein verbreitete, auch in einzelnen Landesgesetzgebungen, z. B. Cod. Max. Bav. civil. P. II. cap. 7. § 5. eingedrungene, nach Pfeiffers prakt. Ausführungen Th. VII. S. 517. bei dem O. A. Ger. in Cassel zur Observanz gewordene, aber nun allgemein als grundlos erkannte Meinung, s. Glück P. C. Bd. IX. § 629. S. 148. und die dort angeführte Literatur, Schweppe Röm. Privatr. § 305., vergl. Unterholzner l. c. § 45., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. § 95,

S. 412. Durch das canonische Recht, c. 21. u. 26. X. de V. S. (5. 40.) — c. 1. de V. S. in VIto — c. 1. de praescript. in VIto (2. 13.) sowie durch mehrere Reichsgesetze, z. B. in cap. 8. § 1. der goldenen Bulle, in dem Reichsabschied vom Jahre 1548. § 56. 59. 63. und 64., dem I. P. O. V. 27. VIII. 4. IX. 2. und XV. 2. und vollends durch die Praxis erhielt dieses Rechtsinstitut eine größere Ausdehnung.

Nach der gemeinen Meinung der älteren und neueren Rechtsgelehrten wirkt die unvordenkliche Verjährung auf alle Rechte, für welche ein rechtmäßiger Grund des Erwerbes möglich ist, und welche zugleich einen Besitzstand, possessio oder quasi-possessio in dem ausgedehnten Sinn des canonischen Rechts zulassen; s. Walett Lehrb. Bd. I. § 129 b., Mühlenbruch l. c. Th. II. § 269., Mittermaier deutsch. Privatr. Th. I. § 164., Göschen Vorlesungen Bd. I. S. 337., Mackeldey Lehrb. § 265., v. d. Pfordten in den krit. Jahrbüchern für Rechtswissensch. Bd. VIII. S. 37. rc. u. 44., Pfeiffer l. c. Bd. VII. S. 245., Buchka der unvordenkliche Besitz, Heidelb. 1841. S. 25., Dollmann in Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. VII. S. 340., Hufnagel Mittheil. H. 2. S. 472., Erk. d. O. A. Ger. in Oldenburg in Seufferts Archiv Bd. VI. H. 2. S. 185. u. d. O. A. Ger. zu Celle in der jurist. Ztg. f. Hannover 1843. H. 1. S. 42. Die herrschende Lehre und Praxis ist daher gegen den von v. Savigny l. c. S. 503. und nach ihm auch von Friedländer die Lehre von der unvordenkl. Zeit, Marburg 1843. angenommenen Grundsatz: daß die unvordenkliche Verjährung außer den publicistischen Verhältnissen nur auf die Reallasten des deutsch. Privatrechts, oder auf solche Rechtsinstitute zur Anwendung komme, bei welchen die römischen Verjährungen ausgeschlossen sind, doch findet man ihre Anwendung allerdings vorzüglich bei solchen Gerechtsamen, welche sonst nur durch landesherrliche Verleihung erlangt werden können, z. B. bei dem Besitz verleihbarer Regalien, wie Jagd-Gerichtsbarkeits-Recht rc., bei der Steuerfreiheit und anderen Immunitäten, insbesondere kirchlichen Rechten, welche in einem fremden Sprengel ausgeübt werden u. s. w., s. Pfeiffer l. c. Mit allen anderen Verjährungsarten hat sie nur das Erforderniß eines juristischen Besitzes gemein. Necesse est, ut eo ipso jure, de quo quaeritur, tanquam suo jure usus fuerit praescribens.

Eigenthümlich ist der Immemorial-Verjährung,

a) daß sie sich auf Gegenstände erstrecken kann, welche keiner andern Verjährungsart, oder nur unter außergewöhnlichen Erfordernissen

unterworfen sind,*) z. B. bei gewissen eximirten Kirchensachen im canonischen, bei Reichssteuern im deutschen Recht; s. c. 1. de praescr. in VIto (2. 13.); der unvordenkliche Besitz ist im c. 26. X. de V. S. (5. 40.) einer Kaiserlichen Verleihung gleichgestellt, und nach l. 2. § 3. D. 39. 3. gelten opera, quorum memoriam vetustas excedit, denen gleich, quae publica autoritate facta sunt. Von der unvordenklichen Verjährung ist nämlich nichts ausgeschlossen, als woran ein Rechtstitel gar nicht als möglich gedacht werden kann,**) oder wo — wie bei der actio fin. regund. — kein Theil einen festen Besitzstand hatte, Thibaut l. c. § 75. u. 76. Omne jus, cujus legitima adquisitio ullo modo cogitari potest, per praescript. immemorialem acquiritur, Müller ad Leyser T. V. Obs. 437. Im Verhältniß des Bürgers zum Bürger kann daher der unvordenkliche Besitz kein Rechtsverhältniß begründen, welches schlechterdings der Willkühr der Bürger entzogen ist, s. Müller l. c. Obs. 737. u. 738., dem Regenten gegenüber kommt zunächst der Unterschied zwischen regalia majora und minora in Betracht.

Indem es am häufigsten der Immemorialverjährung zur Begründung der deutschrechtlichen Prästationen bedarf, ist nach Eichhorn deutsch. Privatrecht § 163. eine Distinction zu beobachten. Solche subjectiv-dingliche Rechte nämlich, welche als eine Beschränkung der natürlichen Freiheit gegen jeden Besitzer der Sache geltend gemacht werden, ohne doch mit einem Proprietätsrecht verbunden zu seyn, können als Wirkung eines bestimmten Subjections-Verhältnisses der Sache und ihres Besitzers gegen den Berechtigten oder den Verleiher begründet seyn, und dann kann die Verjährung eine 30jährige seyn, vergleiche Thibaut über Besitz und Verjährung § 37. In Rücksicht auf Leistungen, welche

*) Z. B. man nimmt gewöhnlich an, daß das Recht, jährliche Gefälle zu fordern, durch bloßen Nichtgebrauch auch nicht verloren gehe. Durch unvordenkliche Verjährung wird aber die Immunität geschützt, folglich gilt da das Gegentheil, s. Thibaut über Besitz und Verj. § 60. u. 76.

**) Durch ein Erkenntniß des Obertribunals in Stuttgart wurde die Begründung eines Amts-Utilitäten-Bezugs durch unvordenkliche Verjährung, im Mangel eines privatrechtlichen Titels, als dem öffentlichen Recht angehörig, gar nicht zur civilrechtlichen Beurtheilung geeignet erkannt, und der Satz, daß der unvordenkliche Besitz vom Beweise eines bestimmten Rechtstitels befreie, nur da für anwendbar erachtet, wo das in Frage stehende Recht blos vermöge Privatrechts erworben und besessen werden kann, Seuffert Archiv Bd. I. H. 2. S. 176.

ohne Subjectionsverhältniß gefordert werden, schützt die unvordenkliche Verjährung den Besitzstand, wenn sie entweder ihrer Natur nach unter Voraussetzung einer Subjection vorkommen können, da jene überhaupt die Rechtsvermuthung einer ursprünglich rechtmäßigen Erwerbung begründet, und in diesem Fall der unvordenkliche Besitz den Beweis enthält, daß ein ursprüngliches Subjectionsverhältniß theilweise erhalten ist, oder eine bestimmte Art von Leistungen auch ohne Subjectionsverhältniß, wenigstens so fern sie durch Privilegien begründet ist, als Institut des gemeinen oder particulären Rechts vorkommt; da auch in diesem Fall jene Rechtsvermuthung entscheidend ist. —

b) Daß bei der praescr. immemor. nach der bona fides eben so wenig als nach dem Erwerbstitel gefragt werden kann. Zu einem redlichen Besitz würde ja ein redlicher Anfang erfordert, der Anfang ist aber eben unerforschlich, daher auch der Entstehungs- oder Erwerbsgrund. Man kann sich aber dabei auch keine mala fides superveniens als möglich denken; denn um der Unredlichkeit des Erwerbs sich irgend einmal bewußt zu werden, müßte man ja den Anfang und die Entstehungsart wissen, was durchaus mit der Unvordenklichkeit in Widerspruch stände; Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. § 48.

Zu 2) Unter Herkommen versteht man, gleichbedeutend mit Observanz eine Rechtsregel, welche durch die stillschweigende Befolgung einer gewissen Klasse von Personen, z. B. Einwohnern eines Landesbezirkes oder Mitglieder eines Collegiums ꝛc. verbindende Kraft für alle gleichartigen Fälle erhält, wohingegen die unvordenkliche Verjährung nur in der concreten Anwendung auf einen bestimmten einzelnen Fall vorkommt, und diesem insbesondere zur Entscheidung dient; Pfeiffer l. c. S. 9., Ahlveldt-Laurwig Diss. de praescr. immemor. Hafn. 1821. § 18.

Zu 3) Ein bestimmter Zeitraum kann hier nach der Natur der Sache nicht angenommen werden. Von der Meinung älterer Rechtsgelehrten, als wäre allgemein ein 100jähriger Besitzstand nöthig, s. Ockel Diss de praescrip. immemoriali cap. 1. th. 8. Altdorf 1683., ist man allgemein abgekommen. Nach sächsischem Recht wird über das positive factum des Besitzes das Zeugniß aus eigener Wissenschaft von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen erfordert; Kind Qu. for. T. III. c. 62. pag. 300. Gewöhnlich wird als minimum eine Zeit von 40 Jahren angenommen, s. Buchka l. c., v. Savigny Recht des Be-

sitzes S. 520., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. VII. S. 193. (vergl. folgende Fr. 8.)

Zu 4) Daraus, daß die unvordenkliche Verjährung selbst in denjenigen Fällen stattfindet, in welchen jede andere Verjährung ausgeschlossen ist, findet man von angesehenen Rechtsgelehrten den Schluß gezogen, daß auch in den bezeichneten Fällen die unvordenkliche Verjährung nicht in dem gesetzlichen oder vertragsmäßigen Verbot begriffen erachtet werden könne. Kress Diss. de genuina natura et indole vetustatis s. praescr. immemor. Helmst. 1734. § 22., Boehmer J. E. P. L. II. tit. 26. § 43., Leyser Sp. 461. M. 7., Wernher T. III. P. I. Obs. 319., Wiese Handb. d. Kirchenr. Th. II. § 305., Günther Princ. jur. Rom. § 327.

Zu 5) Eine wahre Collision zwischen der Wirksamkeit der Immemorialverjährung und eines damit in Widerspruch stehenden Gesetzes ist dann nicht vorhanden, wenn das Gesetz nur die Erwerbung eines Rechts für die Zukunft verbietet; das bereits erworbene Recht bleibt dann, wenn der unvordenkliche oder zwei Menschenalter hindurch, von der Zeit des erhobenen Processes zurückgerechnet, bestandene Besitz erwiesen wird, unanfechtbar. Die Collision tritt mithin nur dann ein, wenn das Gesetz ein Rechtsverhältniß ganz oder theilweise aufhebt, oder in den Händen einer bestimmten Classe von Personen nicht gelten läßt.

Diesfalls sollte man auf den ersten Anblick es gar nicht zweifelhaft finden, daß einem Gesetz gegenüber der unvordenkliche Besitz nicht helfen könne, wie Buchka l. c. statuirt. Es fehlt aber gleichwohl nicht an Vertheidigern der entgegengesetzten Meinung; s. Boehmer Diss. de praescr. immemoriali contra leges maxime prohibitivas valente in den Exerc. T. V. no. 83., Heimburg Diss. de praescr. immem. contra legem prohibentem valente. Jen. 1756., Struben rechtl. Bedenken Th. IV. no. 73., Leyser Sp. 461. M. 1. u. scheint noch einige Distinction der Fälle nöthig. — Das Gesetz kann nämlich in eine Periode fallen, welche neuer ist, als der bereits vollendete unvordenkliche Besitz, und da kann dieser eben so wenig berücksichtiget, als überhaupt der Rechtsweg gegen das Gesetz zugelassen werden. Das Gesetz kann aber auch aus einer Periode seyn, welche noch hinter der unvordenklichen Zeit liegt, so daß sich während der Herrschaft desselben ein mit dessen Vorschriften nicht im Einklang stehender unvordenklicher Besitz gebildet hat, ohne daß man doch behaupten kann, daß das Gesetz allgemein in desuetudinem verfallen sey. Nun kann dieses Gesetz von solcher Beschaffenheit seyn, daß es mit der Erreichung des Staatszwecks in unmittelbarem und wesentlichem Zusammenhang steht, so daß die Ueber-

tretung als ein die gemeine Wohlfahrt gefährdender Mißbrauch erscheint, und da sind auch die oben angeführten Dissentienten damit einverstanden, daß die unvordenkliche Verjährung ausgeschlossen ist; s. auch Gebr. Overbeck Meditt. Th. VII. S. 176. und 180., Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VI. no. 42. Bd. VII. no. 98. — besonders c. 1. de consuetud. in VIto. — Allein es gibt auch Gesetze und Ordnungen, welche blos im Interesse des Privateigenthums erlassen sind, und sich nur auf die Benutzungsweise im Interesse des Eigenthümers beziehen, aber das öffentliche Interesse entweder gar nicht, oder nur entfernt, mehr oder minder berühren, z. B. bei der Frage über die Zulassung der unvordenklichen Verjährung in dem Falle, wo gegen ein Landesgesetz die Schafhut in einer fremden Waldung über Menschengedenken ausgeübt worden war. In diesem Fall ließ die Göttinger Facultät die unvordenkliche Verjährung zu, s. Reinharth ad Christin. Vol. IV. Obs. 50. § 53. und Pfeiffer l. c. Bd. II. S. 110., welcher aber auch eine Entscheidung im entgegengesetzten Sinn in Cramers Wetzlarischen Nebenstunden Th. XXXV. S. 30. anführt. — Letztere scheint jedoch nur dann wirklich gegründet, wenn durch ein Gesetz alle Gemeinde- und Privatwaldungen der leitenden Forstaufsicht des Staats unterworfen worden sind. Aehnliche Fälle, wo die Berufung auf unvordenklichen Besitz gegen Gesetze nicht schlechthin und ohne Unterschied verworfen werden kann, kommen bei Gewerbsordnungen hinsichtlich der radicirten Gewerbe oder Realgewerbs-Gerechtigkeiten, bei Zehent-, Forst-, Jagd- und landwirthschaftlichen Ordnungen ratione modi juris exercendi häufig vor. Es kommt dann auch wohl in näheren Betracht, ob sie als eigentliche Prohibitivgesetze oder nur als dispositive anzusehen sind, und im letztern Fall kann man wohl Strubens nur zu weit ausgedehnte Meinung im Bd. I. no. 135. der rechtl. Bedenken zu Gunsten der Immemorial-Verjährung in dem Fall einer bestrittenen Art der Auszehndung nicht ganz verwerfen. Die Schwierigkeit der Beurtheilung in concreten Fällen veranlaßt indessen öftere Disformität der Erkenntnisse. Mit Recht ist wohl von dem Oberappell. Ger. in Cassel die Berufung auf unvordenkliche Verjährung gegen die in der Jagdordnung bei Strafe vorgeschriebene Hegezeit verworfen worden, wenn gleich die Jagdgerechtigkeit selbst nach ausdrücklicher Bestimmung der Jagdordnung durch unvordenklichen Besitz erworben werden kann, s. Pfeiffer l. c. S. 111. Mit vollem Grund wird in Böhmers Rechtsfällen Bd. III. Th. II. Resp. 242. no. 8. angenommen, daß einem geistlichen Corpus die unvordenkliche Verjährung gegen die Amortisationsgesetze, welche die Erwerbung weltlicher Grundstücke untersagen, nicht

zu Statten komme. Zweifelhaft ist es, wie Pfeiffer l. c. S. 110. bemerkt, mit Dabelow über Verjährung Thl. II. S. 92. und Hagemann prakt. Erört. Bd. VII. S. 299. anzunehmen, daß unvordenkliche Verjährung gegen allgemeine Einfuhrverbote und gegen Gesetze über den bei der Subrepartition der Einquartierungslast zu beobachtenden Maßstab zulässig sey.

Zu 6) Nein; denn die unvordenkliche Verjährung kann nicht mit der Extinctivverjährung verwechselt werden, welche allein in dem Proceß eine privilegirte Einrede erzeugt; Pfeiffer l. c. § 2. S. 11.

Zu 7) Gegen die Meinung älterer Schriftsteller ist nun wohl allgemein angenommen, daß nur eine factische Unterbrechung statuirt werden könne, d. i. eine solche, durch welche der Besitz verloren oder ein entgegengesetzter Zustand auf eine der Fortdauer des Rechts Eintrag thuende Weise bewirkt wird, s. Schelling die Lehre von der unvordenkl. Zeit, München 1835. S. 120., Thibaut über Besitz und Verjährung § 78. Auch richterliche Inhibitorialien, welche, wenn sie nur auf einseitiges Anrufen erlassen wurden, nicht in Rechtskraft übergehen, und bloße Störungen von Seiten des Gegentheils, wenn man sich dadurch von der Fortsetzung des Besitzes nicht abhalten läßt, können eine Unterbrechung nicht bewirken, s. Pfeiffer l. c. S. 25. u. Bd. VII. S. 195., v. Savigny R. d. B. S. 526., Leyser Sp. 462. M. 25. Die Anstellung einer Klage kann den Fortgang der unvordenklichen Zeit gar nicht hindern; ist der Rechtsstreit liegen geblieben, so kann ihm ohnedies keine hindernde Wirkung beigelegt werden, ist er aber noch jetzt im Gange, so wird durch dessen Anfang nur der Zeitpunkt bestimmt, von welchem an die zwei Menschenalter aufwärts zu rechnen sind; v. Savigny l. c.

Zu 8) Die Unzulässigkeit der Restitution gegen diese Verjährungsart unterliegt am wenigsten einem Zweifel, weder ex capite ignorantiae, noch Kirchen wird sie gestattet; Thibaut l. c. § 77., Dabelow über Verjährung Th. II. Anh. § 4., Pfeiffer l. c. S. 96., Schweppe R. Privatr. § 987. —

Zu 9) Daß seit Menschengedenken der fragliche Zustand bestanden und daß man auch von seinen Vorfahren einen entgegengesetzten Zustand nicht in Erfahrung gebracht habe, s. v. Savigny l. c. S. 517. Die unvordenkliche Zeit beruht nämlich auf dem Bewußtseyn von zwei Menschenaltern; die jetzt lebenden sollen wissen, daß der gegenwärtige Zustand, so lange ihre Erinnerung reicht, unverändert bestanden hat, und es soll ihnen ferner von ihren unmittelbaren Vorfahren nicht die Wahrnehmung eines entgegengesetzten Zustandes mitgetheilt worden seyn.

Zu 10) Indem man annehmen darf, daß der Mensch im 10jährigen Alter hinlängliche Fähigkeit zur Wahrnehmung und Unterscheidung habe, möchte ein 50jähriges Lebensalter, da alsdann seine Erfahrung einen 40jährigen Zeitraum umfaßt, zwar als hinreichend gelten, s. Pfeiffer l. c. S. 49., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. § 150., wie es auch beim vormaligen Reichskammergericht dafür galt, s. Gaill Obs. Lib. I. Obs. 92. no. 7.*), Pufendorf Obs. T. I. Obs. 151. § 5. und auch als die bei dem O. A. Gr. zu Celle recipirte Meinung bezeugt wird, s. Hagemann praktische Erörterungen Bd. VII. no. 98., aber auch als das Minimum anzunehmen und nicht nach Schmidt Opusc. de praescr. no. 1. § 65. mit einem 40jährigen Alter sich zu begnügen, aber auch eben so wenig, wie Leyser Sp. 460. M. 6. u. 7. will, ein 70jähriges Alter zu prätendiren seyn. Meistens wird jedoch in praxi ein 54jähriges Alter als erforderlich genommen, s. Dabelow über Verjährung § 113. not. t., Kori Theorie der Verjährung § 85., Hellfeld Jurispr. for. § 1776., Ockel D. de praescr. immemor. c. 12. th. 2., Kress de genuina natura et indole vetustatis c. 4. § 5., Thibaut System des P. R. § 1048., welcher jedoch in seiner Schrift über Besitz und Verjährung § 80. es als das Vernünftigste anerkennt, sich hier auf die Angabe bestimmter Jahre nicht einzulassen, sondern nur im Allgemeinen zu verlangen, daß der Zeuge an dem Ort, wo der Beweis zu führen ist, zu den bejahrten Männern gehöre. Ein Alter von 50 Jahren — sagt v. Savigny — ist für jeden Zeugen schon ganz hinreichend, und die Voraussetzung, daß vor der Pubertät kein sicheres Bewußtseyn möglich sey, ist ganz willkührlich und grundlos, l. c. S. 521. Mit Thibaut stimmen auch überein Buchka l. c. § 7., Schelling l. c. S. 127. Ein höheres Alter kann aber — wie Pfeiffer l. c. S. 52. bemerkt — dann erforderlich werden, wenn eine geraume Zeit vor Anstellung der Klage keine Gelegenheit zur Ausübung der Besitzhandlungen vorhanden war; denn da schiebt sich der Anfangspunkt, von welchem aus eine 40jährige Kenntniß zurückzurechnen ist, weiter zurück. Es kann übrigens nicht gefordert werden, daß alle Zeugen ein hohes Alter haben müssen; denn man kann ja wohl über die neuere Periode gewisse Zeugen, und über die ältere andere Zeugen oder Urkunden pro-

*) Irrig citirt Pfeiffer l. c. Bd. VII. S. 215. für das Postulat eines 54jährigen Alters: Gaill Obs. Lib. II. Obs. 66. no. 9. Es heißt da nur: quoties de antiquitate probanda vel facto antiquo agitur, recurrendum est ad seniores, in Lib. I. Obs. 92 no. 7. aber: in Camera quinquagenarii pro senibus reputantur.

duciren, s. Pfeiffer l. c. Die Zeugen müssen solche Personen seyn, welchen während ihres Gedenkens ein entgegengesetzter Zustand nicht hätte unbekannt bleiben können, s. Pfeiffer l. c.

In Ansehung des erforderlichen Inhalts der Zeugenaussagen halten zwar manche Rechtsgelehrte bezüglich desjenigen Theils der Beweisaufgabe, welche die unmittelbar vorhergegangene Generation betrifft, für erforderlich, die Zeugen müßten positiv die Permanenz des in Frage stehenden Zustandes auch von ihren Vorfahren und aus deren Zeit erfahren haben; s. Lauterbach Coll. th. pr. Lib. 41. tit. 3. § 44., Leyser Sp. 460. M. 7., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 983., Stryck de jure sensuum Cap. III. § 15., Gaill Lib. II. Obs. 66. no. 9., Schelling l. c. S. 131., es ist aber doch wohl als die richtigere und herrschende Meinung anzunehmen, daß, weil der Begriff der Immemorialverjährung selbst negativ ist, s. l. 28. D. 22. 3. nec audisse, nec vidisse, nec ex iis audisse, qui vidissent aut audissent, auch die Negative im Beweissatz stattfinden müsse, s. Thibaut l. c. § 81., Pfeiffer l. c. § 11. u. Bd. VII. S. 201., Unterholzner l. c. Bd. I. § 150., s. vorzüglich: v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 188. „Es ist genug darzuthun, daß man das fragliche Recht als solches über Menschen Gedenken ausgeübt habe, und zwar in Ansehung der lebenden Generation positiv, in Ansehung der vorigen aber nur, daß man das Gegentheil nicht wisse," vergl. Götz rechtl. Entsch. der juristischen Facultät zu Altdorf S. 262., Pfeiffer l. c. Bd. II. S. 43., Rave Princ. doctr. de praescriptione § 181. — Erk. d. O. A. Ger. in Celle s. jurist. Ztg. für Hannover Jahrg. 21. H. 2. S. 56. u. d. O. A. G. in Cassel s. Pfeiffer l. c. — Handelt es sich um den verjährungsweisen Erwerb der Befreiung von einer Last, so wird insbesondere erfordert, daß Fälle sich ereignet haben, durch welche zur Ausübung des Rechts Gelegenheit gegeben war.

Zu 11) Mehrere verneinen dies ganz; s. Stryck de jure sensuum C. III. § 22., Wernher T. II. P. 10. Obs. 379., Böhmer jus controvers. Obs. 10. Andere halten den Urkundenbeweis nur in Verbindung mit dem Zeugenbeweis für statthaft, s. Hellfeld Jurispr. for. § 1176. Wieder Andere bejahen die Frage unbedingt, s. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 983., Walch Introd. in C. J. C. Sect. II. c. II. § 24., Kori Theorie der Verjähr. § 85., Unterholzner Verjährungslehre Bd. I. § 150. Man wird mit Thibaut l. c. § 84. und Buchka der unvordenkliche Besitz S. 50. annehmen müssen: die Möglichkeit, daß auch durch Urkunden dasjenige

constatirt werden könne, was Zeugen erproben können, lasse sich nicht unbedingt läugnen, wenigstens was den positiven Theil des Beweissatzes betrifft. Zweifelhafter bleibt es freilich in Ansehung des negativen Theils; nec ab iis audiisse, qui audissent aut vidissent. Die Urkunden müßten den Besitzstand durch zwei Menschenalter beweisen; dann dürfte der Beweis durch Urkunden, nach Dabelow über Verjährung § 125. S. 100. sogar dem Zeugenbeweis noch vorzuziehen seyn. Rave Princ. doctr. de praescr. § 180. — Pfeiffer l. c. Bd. VII. S. 221. sowie v. Savigny l. c. S. 523. erkennt den Beweis durch Urkunden zur Ergänzung des Zeugenbeweises für sehr geeignet, besonders um den Besitz in einzelnen Zeitpunkten darzuthun.

Zu 12) In Ansehung des Erfüllungseides hat wohl die Zulässigkeit kein erhebliches Bedenken gegen sich, s. Pfeiffer l. c. S. 65. u. die dort angeführten Schriftsteller. Mehr Zweifel walten ob gegen die Eideszuschiebung. Während Thibaut l. c. § 85., Rave l. c. § 135., Pufendorf T. II. Obs. 55., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 983. not. h., Schmidt Opusc. de praescr. § 169., Unterholzner l. c. Bd. I. § 150., Martin Lehrb. d. Proc. § 213. not. r., Kori l. c. § 85., v. Wening-Ingenheim Lehrb. § 188., Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. § 269. u. A. gar keinen Anstand gegen die Zulässigkeit finden, sagt Dabelow l. c. § 125. „Etwas Ungereimteres lasse sich wohl schwerlich denken, als die Eideszuschiebung hier behaupten zu wollen"; auch kann der Gerichtsbrauch des O. A. G. in Cassel für Dabelow's Meinung angeführt werden, wie Pfeiffer l. c. Bd. VII. S. 224. bezeugt. Wenn freilich eine Proceßordnung überhaupt eine Eideszuschiebung über Dinge, welche der Delat nicht wohl wissen kann, nicht zuläßt, wird man ihm, wie Glück und Seuffert in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. IV. S. 117. bezüglich der Bayerischen Gerichtsordnung gethan haben, wohl beistimmen müssen. Auch davon abgesehen scheinen die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung zu weit zu gehen, wenn sie sich lediglich darauf stützen, daß die Freiheit der Parthei, ihres Gegners Gewissen die Entscheidung zu überlassen, durch kein Gesetz beschränkt sey; denn in Sachen, wo die Natur der Sache es nicht zuläßt, z. B. wenn es blos auf das Urtheil der Sachverständigen ankommt, pflegt man ja auch die Eidesdelation nicht zuzulassen. Indessen wird man gerechtes Bedenken tragen müssen, sie in dem Streit über Unvordenklichkeit auszuschließen. Was könnte ihr z. B. entgegen stehen, wenn man nur den Beweis für die neuere Periode bei Unzulänglichkeit der anderen Beweismittel durch sie ergänzen wollte, während man in Betreff der vorigen Generation

Urkunden und Zeugen in vollständiger Maße für sich hat? — In beschränkter Maße, nämlich in Bezug auf specielle erschöpfende Thatsachen, in Verbindung mit anderen Beweismitteln ist daher die Zulässigkeit dieses Beweismittels gewiß nicht zu bezweifeln, s. Pfeiffer l. c. S. 59., Kori l. c., Malblanc Doctr. de jurej. § 44. (Ed. 2.), v. Savigny l. c. S. 524. Die meisten neueren Schriftsteller erklären sich aber auch überhaupt für die Zulässigkeit der Eideszuschiebung, s. Walett Lehrb. Bd. I. § 129 b., Göschen Vorlesungen Bd. I. S. 338., Schelling l. c. S. 136., Buchka l. c. S. 51. Letzterer normirt den Eid dahin: „daß der Besitz nicht ununterbrochen während des letzten Menschenalters bestanden habe, oder daß die Erinnerung an einen entgegengesetzten Zustand aus dem vorletzten Menschenalter existire.“ v. Savigny: „daß der Gegner die ununterbrochene Fortdauer des gegenwärtigen Zustandes während der letzten zwei Menschenalter weder wisse noch glaube“

Zu 13) Würde der Reprobant nur beweisen, daß in irgend einer älteren Zeit ein anderer Rechtszustand bestanden habe, und diesen sogar durch unverwerfliche Urkunden außer Zweifel setzen, so würde er dadurch an und für sich nichts*) gegen die unvordenkliche Verjährung ausrichten. Zwar kann man dem Reprobanten nicht den Beweis zumuthen, daß nie ein anderer Zustand gewesen sey, wie gleichwohl Schweppe im R. Privatr. § 158. für erforderlich hält, nam tempora mutantur et nos mutamur in illis. — Non id agimus, ut aeternum statum quaeramus etc. sagt Lyncker in Resp. T. I. R. 2. no. 127. Er muß daher in der Regel einen intra hominum memoriam stattgehabten andern Zustand, oder einen seit Menschengedenken entstandenen Anfang des Zustandes, welchen der Probant für unvordenklich ausgibt, beweisen; l. 28. D. 22. 3. — l. 2. § 8. D. 39. 3., Unterholzner l. c. § 150., Böhmer J. E. P. T. I. L. II. tit. 26. § 42., Hofacker l. c. § 982., Thibaut l. c. § 82., Mühlenbruch Doctr. Pand. § 139. etc. Urkunden aus einer weit außerhalb der Gränzen menschlicher Erinnerung liegenden Zeit können nicht zum Gegenbeweis sich qualificiren, indem sie nicht die aus dem nachherigen un-

*) Dem steht nicht entgegen, wenn Schelling l. c. S. 138. sagt: man könne nicht behaupten, der Gegenbeweisführer richte nichts aus, wenn er, nachdem der Beweisführer einen 40jährigen Besitz dargethan, beweist, daß vor 40 Jahren das Gegentheil stattgefunden habe. Schelling hat hierin um deswillen Recht, weil ja 40 Jahre nur das Minimum der unvordenklichen Zeit ist, und nach seiner Voraussetzung der Reprobant einen Anfang des gegenwärtigen Zustandes dargethan hätte, vergl. zur Fr. 3. —

vordenklichen Besitz zu entnehmende Voraussetzung einer Abänderung des ursprünglichen Zustandes auszuschließen vermögen. Doch würde der Beweis eines zur Erlangung juristischen Besitzes nicht qualificirten Titels oder eines initii vitiosi aus einer Menschengedenken überschreitenden Zeit alsdann nicht verworfen werden können, wenn zugleich dargethan wäre, daß darin die Entstehung des gegenwärtigen Besitzes unmittelbar begründet sey. Pfeiffer l. c. S. 70. u. 77.

Der Gegenbeweis kann übrigens auch auf stattgehabte bestimmte Unterbrechungen (nicht bloße Störungen des Besitzes), s. v. Savigny l. c. S. 525., Schelling l. c. S. 145., wohl auch nach Schelling l. c. auf den Mangel eines juristischen Besitzes, nämlich auf ein zufälliges nicht rechtliches Bestehen des Zustandes gerichtet werden, wenn man nicht vielmehr behaupten dürfte, daß das Letztere nicht eigentlich in die Sphäre des Beweises, sondern der richterlichen Reflexion falle.

Zu 14) Neller de idea praescr. immem. § 3. in Opusc. T. II. P. I. Op. 5. schließt aus den Worten der l. 28. D. 22. 3. und l. 2. § 8. D. 39. 3., daß Ein Zeuge, welcher des entgegengesetzten Zustands sich erinnert, genügen müsse; cum is, qui praetendit immemorialem, dicat: nullus meminit, contradicetur ei hoc praeciso: aliquis meminit, nec opus est dicere: duo vel plures meminerunt. Dieses Argument beruht aber auf einer Verwechslung dessen, was der Gegensatz enthalten muß, mit dem, was zum Beweis des Gegensatzes erforderlich ist, und da ist denn keine Ausnahme von den Erfordernissen eines vollen Beweises in den Gesetzen zu finden, s. Pfeiffer l. c. S. 73.

Auf hohes Alter kann es aber bei den Gegenbeweiszeugen begreiflicher Weise nicht ankommen, da sie ja nur ein innerhalb Menschengedenken sich ergebenes factum zu bezeugen brauchen. Kress D. cit. cap. 4. § 7.

Zu 15) Die Meinung derjenigen, welche schon bei 30jähriger ununterbrochener Leistung und resp. Annahme eines gleichförmigen Dienstgeldes das Recht auf Naturaldienste als durch Verjährung erloschen betrachten, s. Haubold Sächs. Privatr. § 471., Mittermaier Deutsches Privatr. Bd. I. § 197. (177.) beruht wohl auf keinem richtigen Grund; denn die Leistung eines Aequivalents enthält immer nur einen Vertrag für jeden einzelnen Fall, welcher das Zurückgehen auf den ursprünglichen und eigentlichen Gegenstand der Verbindlichkeit nicht ausschließt, s. Eichhorn deutsch. Privatr. § 167 u. 250., daher nur eine qualificirte Verjährung in Betracht kommen könnte; Struben rechtl. Bedenken Th. IV. No. 17., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörterungen Bd. I. no. 39. Dagegen der unvordenklichen Verjährung muß doch wohl die Wirkung

beigelegt werden, die Naturaleinforderung auszuschließen, da die Unvordenklichkeit loco tituli ist, und den Beweis eines zum Grund liegenden Vertrags überflüssig macht. Leysér Sp. 462. Med. 29., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. S. 240., Gründler Polemik des germ. Rechts Th. I. § 245. S. 340.

Anmerkung. Eine Erwerbung des Eigenthums kann auch durch Verwirkung des bisherigen Eigenthums entstehen, z. B. durch Zoll-Defraudations-Strafen, von welchen übrigens im R. R. auch gewisse Befreiungen vorkommen, l. 16. § 10. D. 39. 4. — l. 2. l. 3. l. 7. § 1. C. 4. 61., ferner durch die poenae secundarum nuptiarum, durch Ehescheidungsstrafen, Contumacialstrafen, Caducitätsstrafen im Erbzinslehenrecht, desgleichen durch die in Testamenten einer Erbeseinsetzung oder einem Vermächtniß beigefügte privatorische Clausel. Hieher gehört auch die Verwirkung des Miteigenthums an einer gemeinschaftlichen Mauer durch beharrlich verweigerte Beitragung zu nothwendigen Reparaturkosten. l. 52. § 10. D. 17. 2. — l. 4. C. 8. 10.

---

§ 9. Rechtsmittel zur Behauptung des Eigenthums.

Die possessorischen Mittel *) s. oben Kap. I. § 7. Es kommen daher nur noch die petitorischen Rechtsmittel hier in Betracht, und zwar

I. bezüglich der Totalität des Eigenthums:

die Reivindication und
die Publicianische Klage. **)

---

*) Hiebei ist auf die gelehrte Ausführung in v. Vangerow Pand. Bd. I. § 336. not. 1. aufmerksam zu machen, worin bewiesen wird, daß die interdicta retinendae possessionis keine Klagen ex maleficio seyen (wie v. Savigny ihren Grundcharakter bezeichnet), sondern das Wesen und der Grund ihrer Einführung darin liege, daß dadurch die den Eigenthumsprozeß vorbereitende Frage entschieden werden soll, welcher von zwei Partheien, die gleicherweise den Besitz in Anspruch nehmen, die Rolle des possessor, und welcher die des petitor zuzuweisen sey.

**) Es scheint, daß in der Praxis dem unterscheidenden Charakter dieser beiden Klagen zu wenig Aufmerksamkeit gewidmet wird, während er doch vorzüglich praktische Wichtigkeit in Beziehung auf Einreden und Beweis hat. Mit Recht bezeichnet man die Beweislast bei der Vindication als diabolisch; und doch ist sie, so sehr man sich auch von vielen Seiten her gesträubt hat,

II. gegen partielle Verletzung des Eigenthums: die negatoria in rem actio. *)

Reivindication.

1) Was kann Gegenstand der Vindicationsklage seyn?

---

durch die Natur dieser Klage unerläßlich geboten. Daß der Kläger das behauptete Eigenthum beweisen müsse, ist doch ganz natürlich; daraus folgt denn aber wieder unvermeidlich bei der derivativen Erwerbsart — welche unter allen Arten der Eigenthumserwerbung die häufigste und allgemeinste ist — daß der Kläger da nicht blos mit dem Beweis, durch einen gesetzlichen Titel das Eigenthum vom Vorbesitzer erlangt zu haben, durchgreifen kann, wenn er nicht auch zugleich beweist, daß seinem Tradenten und dessen Autoren das Eigenthum auch wirklich zugestanden sey. Dieser ungeheuren Schwierigkeit kann man auch nicht, wie unter Andern Thibaut im civilist. Archiv Bd. VI. no. 15. versucht hatte (welcher aber doch zuletzt in den neuesten Ausgaben seines Systems d. P. R. § 707. sich der herrschenden Lehre anschließen mußte, s. auch Braun Erörterungen zu Thibaut § 566. S. 280., Gesterding Ausbeute rc. Th. II. S. 435.), durch eine Rechtspräsumtion zu Gunsten des Klägers, welche auf den Beklagten den Beweis eines verneinenden Satzes auf eine ebenso unüberwindliche Weise wälzen würde, abhelfen, da kein Gesetz solche darbietet. Die römischen Gesetze haben, wie vorzüglich v. Vangerow l. c. § 332. erörtert, auf verschiedene andere Arten, und besonders durch die Publicianische Klage abgeholfen. Sie beruht auf dem einfachen Princip: Derjenige, welcher eine Sache auf redliche Weise durch ein Rechtsgeschäft erworben hat, muß billig Demjenigen vorgehen, welcher gar keinen solchen Erwerbsgrund für sich anzuführen im Stande ist. Jener konnte doch ad usucapionem besitzen, und durch eine rechtliche Fiction wird der Usucapionsbesitz als vollendet angenommen, § 3. u. 4. J. 4. 6., Gaj. IV. § 36.; so steht denn der Kläger auf festem Grund, vergl. v. Tigerström die b. f. possessio oder das Recht des Besitzes § 17—21.

*) Es kann nämlich, wie v. Vangerow l. c. § 353. bemerkt, nunmehr als sehr allgemein angenommene Ansicht gelten, daß die actio negatoria nicht sowohl eine Servituten-, als vielmehr eine Eigenthumsklage ist, und sich von der Vindication nicht dem Klaggrund, sondern nur der Veranlassung nach unterscheidet, nämlich bezüglich entweder totaler oder partieller Verletzung des Eigenthums. Der Klaggrund ist das Eigenthum, nicht die Freiheit von Beschränkungen an sich, weil diese kein besonderes Recht, sondern nur Theil eines anderen Rechtes, des Eigenthums, ist. Die l. 8. § 5. l. 13. l. 14. § 1. l. 17. pr. D. 8. 5., vergl. mit l. 26. D. 8. 2. — ferner l. 2. D. 43. 27. — l. 6. § 2. D. 47. 7. beweisen, daß die negatorische Klage auch bei andern und selbst bei solchen partiellen Eingriffen in das Eigenthum anwendbar ist, die unmöglich als Servitut erscheinen können, s. vorzüglich Puchta über die Negatorienklage im Rhein. Museum Bd. I. S. 165. — Schilling Lehrb. für Institt. rc. Bd. II. § 174.

2) In welchen Verhältnissen ist es gestattet, eine Sache, welche man nicht eigenthümlich erworben hat, dennoch, und zwar surrogatweise zu vindiciren?
3) Kann dem Kläger, wenn er zwar zur Zeit der erhobenen Klage nicht Eigenthümer war, aber es im Lauf des Prozesses geworden ist, die Sache durch das Urtheil in diesem Streit zuerkannt werden?
4) Während dem Kläger unbezweifelt der Beweis des Eigenthums obliegt, fragt es sich, wie es dann mit der Beweislast zu halten ist, wenn der Beklagte das Eigenthum des Klägers zwar nicht widerspricht, aber seiner Seite ein Miteigenthum behauptet?
5) Gegen wen ist die Reivindication zu richten?
6) Ist es nöthig, daß sich der Beklagte im Civilbesitz befinde? und was sind die rechtlichen Folgen, wenn er nur naturaliter und vielmehr im Namen eines Andern besitzt? insbesondere wenn er seinen Autor nicht nennt, oder wenn er fälschlich vorgibt, im Namen eines Andern zu besitzen, während er doch in eigenem Namen besitzt?
7) wenn er den Besitz während des Prozesses verliert, oder wenigstens die Sache nicht anders als in deteriorirter Beschaffenheit zu restituiren vermag? oder wenn er den Besitz schon vor erhobenem Prozeß verloren hat? oder
8) wenn der Beklagte den Besitz abläugnet und dessen gleichwohl überwiesen wird?
9) In welchen Fällen gilt auch der Nichtbesitzer vermöge einer fictio juris als Besitzer?
10) Da der Rechtssatz: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri, vom Kläger alsdann nicht angerufen werden kann, wenn derselbe schon anfänglich selbst gewußt hatte, daß dieser nicht wirklich der Besitzer sey, — denn dann hätte er ja vielmehr den Schaden aus seiner eigenen Schuld selbst zu tragen — so fragt sich, ob der Beklagte dem Kläger darüber den Eid zuschieben kann?
11) Wenn der Kläger von dem liti se offerens den Werth der Sache durch die Verurtheilung desselben erlangt hat, kann er dann doch noch die Sache selbst gegen den wirklichen Besitzer verfolgen?
12) Bekanntlich geht die Reivindication gemäß l. 3. l. 23. C. 3. 32. — l. 2. C. 6. 2. — auf unentgeltliche Herausgabe

der Sache, cum omni causa; welche Fälle lassen sich aber dennoch denken, wo der Erwerbspreis dem Beklagten vergütet werden muß?

13) In welchen Fällen findet die Reivindication nicht gegen Den statt, welcher die Sache in gutem Glauben an sich gebracht hat?

14) Wo muß die Herausgabe der Sache geschehen, wenn sie eine bewegliche ist?

15) Da zufolge der Restitutionspflicht cum omni causa erfordert wird, daß der Kläger alles erhalte, was er gehabt hätte, wenn er nicht zur Klage veranlaßt worden wäre, l. 22. l. 23. l. 75. l. 81. D. 50. 16., so fragt sich insbesondere, was wegen der Früchte Rechtens ist?

16) Gilt auch derjenige, welcher sich in einem Rechtsirrthum befand, als bonae fidei possessor?

17) In wie fern kann der Besitzer die von ihm gemachten Verwendungen dem Vindicanten aufrechnen, und hat er deshalb auch ein Klagrecht?

18) Kann man die Eigenthumsklage mehrmal aus verschiedenen Gründen (ex diversa causa) anstellen, oder steht der zweiten Klage allemal exc. rei judicatae, nach einmal erlittener Abweisung, entgegen?

Zu 1) Alle sowohl bewegliche als unbewegliche, lebendige und leblose Sachen, so auch eine Gesammtheit von Sachen derselben Art, z. B. eine Viehheerde; l. 1. § 3. l. 2. l. 3. D. 6. 1. — auch Urkunden, z. B. Schuldverschreibungen,*) Testamente, l. 3. D. 29. 5., Geiger u. Glück Rechtsfälle Th. III. no. 38. und Geld. Auch die Reste eines zerstörten Gegenstandes und Theile eines Ganzen können vindicirt werden, v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. I. S. 293. (§ 18.), nicht aber

a) eine Gesammtheit von Sachen verschiedener Art (universitas juris), hereditas, peculium. l. 56. D. 6. 1.

b) nach l. 23. § 5. D. 6. 1. u. l. 6. D. 10. 4. quaecunque aliis juncta sive adjecta *accessionis* loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest, ut separentur **) et tunc vindicentur. Indessen

---

*) Ob auch papiers au porteur? wurde oben erörtert und verneint. Kap. II. § 5. S. 166.

**) Vorausgesetzt nämlich, daß eine Trennung thunlich.

ist in manchen Fällen der adjunctio doch eine utilis in rem actio oder vindicatio auch da, wo eine Separirung nicht möglich ist, gegeben; z. B. nach § 34. J. 2. 1. kann ich, wenn ein Anderer auf dem mir eigenthümlichen Stoff ein Gemälde angefertigt hat, und er mir den Werth des Stoffes nicht bezahlt, mein Eigenthum gegen Entschädigung des Malers durch eine actio utilis verfolgen, s. Schraders Institutionen-Ausgabe zu dieser Stelle. Gaj. II. § 78. und früher schon Kap. II. § 3. Fr. 6. S. 136. haben wir bemerkt, daß dem bisherigen Eigenthümer eines auf fremdem Boden verpflanzten und mit demselben bereits zusammengewachsenen Baums wenigstens utilis in rem actio gestattet ist.*)

c) Bei dem tignum junctum aedibus alienis ist bekanntlich nicht einmal actio ad exhibendum, um so weniger also Vindication, so lange das Gebäude steht, gestattet.

Zu 2) Zu solcher Vindication sind in den Gesetzen besonders privilegirt:

a) nach l. 2. D. 26. 9. u. l. 3. C. 5. 51. die unter Vormundschaft stehenden Personen, wenn der Vormund mit ihrem Gelde Sachen für sich angeschafft hat. Glück im P. C. Bd. VIII. S. 159. versteht dieses Privilegium, ohne einen besondern Grund dafür anzuführen, blos von Pupillen und Minderjährigen, wozu etwa die Ueberschrift des Titels: quando ex facto tutoris vel curatoris *minores* agere vel conveniri possunt, veranlassen kann, v. Vangerow l. c. § 332. not. 3. no. 2. b. aber von allen Pflegbefohlenen, weil das Gesetz selbst (l. 2. D. 26. 9. quando ex facto etc.) ohne Unterschied spricht: si tutor vel curator pecunia ejus, cujus negotia administrat, praedia in suum nomen emerit etc.**), daher auch den Kirchen das Privilegium allgemein eingeräumt wird, s. Thibaut System § 707. (Ed. 8.) Glück l. c. S. 164.

b) nach l. 8. C. 3. 32. die Soldaten gegen Jeden, der mit ihrem Geld Sachen erworben hat. Auch hier möchte mit v. Vangerow l. c. lit. a. gegen Glück l. c. S. 164., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 294. (§ 18.), Thibaut System § 707.

---

*) Von der utilis actio in rem bei der emphyteusis und superficies s. unten Kap. IV.

**) Darüber, daß die l. 2. D. 26. 9. nicht blos von einer hypothekarischen Klage zu verstehen sey, s. v. Vangerow l. c., ist auch Glück nebst den meisten Rechtslehrern einverstanden.

(Ed. 8.) anzunehmen seyn, daß eine Beschränkung dieses Privilegs auf peculium castrense, und vollends eine blos subsidiäre Verleihung, im Fall der Soldat nicht auf andere Weise entschädigt werden kann, — wie insbesondere Glück l. c. statuirt — durchaus nicht dem Gesetz gemäß wäre; denn dies spricht schlechthin von pecunia tua und läßt augenscheinlich dem Soldaten die freie Wahl, ob er die utilis vindicatio, oder etwa eine act. mandati vel negotiorum gestorum gebrauchen wolle.

c) nach l. 55. D. 24. 1. die Ehefrau, wenn der Mann mit dem von ihr geschenkt erhaltenen Geld Sachen angekauft hat, und insolvent geworden ist. Thibaut im System § 346. u. 707. gesteht der Frau diesfalls blos ein Separationsrecht im Concurs ihres Ehemannes zu, s. aber dagegen Glück P. C. Bd. VIII. S. 167. u. 187., wo auch die weitere Frage, ob die Frau in Ansehung der mit ihren Dotalgeldern erkauften Sachen dasselbe Vorrecht genieße, gegen Thibaut l. c., welcher dasselbe gänzlich widerspricht, dahin unter Uebereinstimmung der meisten Rechtslehrer und nach dem Vorgang der griechischen Interpreten der Justinianischen Rechte beantwortet wird, daß der Ehefrau die utilis vindicatio der vom Ehemann für sich und in seinem Namen mit ihren Dotalgeldern erkauften Sachen alsdann zustehe, wenn sie bei der Insolvenz ihres Ehemannes außerdem nicht zu ihrer Entschädigung gelangen kann. Bei Glück s. auch die Literatur dieser durch die Gegensätze der l. 12. C. 5. 12. u. l. 54. D. 23. 3. veranlaßten Controverse.

Zu 3) Nach R. R. prävalirt unter den entgegengesetzten Meinungen wohl diese, daß der Kläger tempore institutae actionis und nicht erst post judicium acceptum Eigenthümer seyn mußte, um in hoc judicio Sieger zu werden, s. l. 23. D. 5. 1. und analog l. 7. § ult. D. ad exhib. (10. 4.) Nach canonischem Recht aber kommt es darauf an, ob in der Klage ein specieller Erwerbsgrund angeführt worden ist*) oder nicht, und im letzteren Falle kommt seiner Klage auch die nach derselben erst erfolgte Erwerbung zu statten, C. 3. de sent. et re jud. in VIto (2. 14.) Glück l. c. Bd. VIII. S. 147., v. Vangerow l. c. § 332. not. 2.

Zu 4) Ohne Zweifel scheint Arndts Beantwortung dieser Frage, s. Rhein. Museum Bd. III. S. 215., welcher auch v. Vangerow l. c.

---

*) Ob dieses nothwendig ist oder nicht, darüber entscheiden häufig Prozeßordnungen.



§ 332. not. 1. a. E. beistimmt, die richtige zu seyn, daß der Kläger den Beweis seines Alleineigenthums führen müsse. Denn er würde ja auch dann, wenn er, außer dem Fall eines Geständnisses, den ihm obgelegenen Beweis nur auf einen physischen oder intellectuellen Theil des Ganzen erbracht hätte, mit seinem ausgedehnteren Anspruch in so weit abgewiesen worden seyn, und was sollte ihn von der Verbindlichkeit befreien, das, was er behauptet, ganz zu beweisen? Damit stimmt auch überein, was v. Gönner über das qualificirte Geständniß sagt, s. Handb. d. Proc. Bd. II. no. 43. § 14. u. § 18—22., vergl. mit Linde Abh. S. 90 rc. u. 113.

Zu 5) Regelmäßig gegen denjenigen, welcher unsere Sache besitzt*), und es wird dabei vorzüglich auf die Zeit des Urtheils Rücksicht genommen, s. die folgende Nr. 7.

Zu 6) Es kommt nach l. 9. D. 6. 1. nicht darauf an, ob der Besitzer civiliter oder naturaliter besitzt; er ist aber nach l. 2. C. 3. 19., wenn er ein Immobile, und nach der Praxis, s. Glück P. C. Bd. VIII. S. 199., auch wenn er eine bewegliche Sache**) für einen Andern besitzt, verbunden, seinen Autor zu nennen. — Thut er dies, so wird in Folge der nunmehrigen Vorladung des Letzteren gegen diesen die Vindication durchgeführt, und wenn er auf wiederholte, mit dem Präjudize, daß außerdem der Besitz dem Kläger zugesprochen werde, begleitete Vorladung ungehorsam ausbleibt, nichts desto weniger gegen den Detentor in so weit exequirt, daß Kläger unaufhaltlich in den Besitz gesetzt wird, wodurch der Ausgebliebene in die Nothwendigkeit versetzt ist, gegen den missus in possessionem erst petitorisch seine etwaigen Rechte an der Sache geltend zu machen. Kommt aber der detentor seiner gesetzlichen Verbindlichkeit zur nominatio auctoris nicht von selbst nach, so scheint die Folge wohl keine andere zu seyn, als daß er, als fictus possessor, nämlich als ein solcher, qui liti sese obtulit, behandelt werde, wie

*) Der einzige Ausnahmsfall, welchen der § 2. J. 4. 6. nur andeutet, ohne ihn eigentlich anzugeben, ist wohl, wie Schweppe im R. Privatr. § 268. und v. Vangerow in d. Pand. Bd. I. § 332. not. 3. bemerkt, ohne alle praktische Wichtigkeit. Verschiedene Erklärungsversuche dieser Institutionenstelle: „Sane uno casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Dig. libris opportunius apparebit“, s. Höpfner Inst. Comm. § 1095. u. not. 4., Reinhardt Ergänzungen zu Glück Bd. I. S. 427., Fritz in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. I. no. 2. und Zimmermann das. N. F. Bd. XI. no. 8., Schilling Institutionen Bd. II. § 104. not. 1.

**) In Realklagen ist die nominatio auctoris, sowie gegen Personalklagen die Einrede des unrecht gewählten Beklagten das Schutzmittel, welches von der Klage befreien kann.

Glück l. c. Bd. VIII. S. 196—201., Gesterding v. Eigenthum S. 320. und Fritz Erläuterungen S. 297. lehren; allein das Verhältniß eines solchen Naturalbesitzers ist doch, wie v. Vangerow l. c. Bd. I. § 332. not. 3. S. 575. ganz richtig bemerkt, zu sehr verschieden von dem Verhältniß der ficti possessores. Diese können gar nicht zur Herausgabe der Sache, sondern nur auf den Werth verurtheilt werden. Gegen den Naturalbesitzer aber die Herausgabe der Sache — vorausgesetzt, daß er zur Zeit der Entscheidung sie noch besitzt — zu erzwingen, steht nichts im Wege; denn man muß mit Ulpian. in l. 9. D. 6. 1. sagen: puto autem, ab omnibus, qui *tenent*, et habent *restituendi facultatem*, peti posse.

Ihm wird also die Sache cum omni causa abgenommen und dem Kläger übergeben, so daß nun der Dritte erst gegen diesen vindiciren, aber auch gegen den Detentor, welcher seiner Pflicht der laudatio autoris nicht nachgekommen ist, die Entschädigungsklage anstellen kann, auf welches Resultat am Ende auch Glück l. c. S. 201. nur mit Inconsequenzen hinauskommt. — Es läßt sich endlich auch denken, daß der beklagte Besitzer nur fälschlich vorgebe, für einen Andern zu besitzen, während er doch für sich besitzt, und dann ist die Folge, daß er den Besitz zur Strafe verliert, derselbe sofort dem Kläger durch richterliches Decret eingeräumt wird, und der boshafte Lügner sein Eigenthumsrecht erst klagend ausführen muß. Nov. 18. c. 10., v. Gönner Handb. des Proz. Bd. I. no. 16. § 7., Glück l. c. S. 202., welcher auch unter Anführung mehrerer Autoritäten die noch h. z. T. stattfindende Anwendbarkeit dieser Strafe bezeugt.

Zu 7) Es ist schon vorhin zu no. 5. darauf hingewiesen, daß der Beklagte nach l. 27. D. 6. 1. nicht nur zur Zeit des eingeleiteten Verfahrens, sondern auch der rechtlichen Entscheidung sich im Besitz der Sache befinden müsse. Daraus folgt — wie die allegirte Gesetzesstelle weiter fortfährt, — daß der Beklagte freigesprochen werden muß, wenn er während dem Prozeß den Besitz verloren hat, ohne daß ihm dabei eine Arglist oder Schuld vorgeworfen werden kann, l. 29. l. 36. § 1. D. 6. 1. — sowie umgewandt, daß er zur Herausgabe der Sache mit den, seit sie in seinen Besitz kam, gezogenen Nutzungen in dem Fall gleichwohl verurtheilt werden kann, wenn er — ob er gleich anfänglich nicht im Besitz war — doch bis zur rechtlichen Entscheidung zum Besitz gelangt ist.

Wenn nun gleich die Vindicationsklage gegen den Nichtbesitzer — die Fälle der possessio ficta abgerechnet — nicht zu Recht bestehen kann, so müssen doch wenigstens nach Umständen andere Hülfsmittel für den hierdurch verlierenden Eigenthümer gegeben seyn. Hiebei ist nun wesent-

lich zu unterscheiden, ob der Beklagte, welcher während dem Prozeß den Besitz verloren hat, bonae oder malae fidei possessor war.

a) Der b. f. possessor muß denjenigen dolus prästiren, welchen er nach erlangter Wissenschaft, daß die Sache eine fremde sey, begangen hat, l. 45. D. 6. 1. — s. Glück P. C. Bd. VIII. S. 231 ꝛc. Außerdem wird er erst in Folge der Litiscontestation, da ihn diese in malam fidem versetzt, und mithin erst von dieser Zeit an, auf den Werth der Sache als ein administrator rei eventualiter alienae, s. l. 36. § 1. l. 45. D. 6. 1. cf. l. 1. D. 10. 1. — für dolus und culpa verantwortlich, jedoch für letztern nicht nach einer eidlichen Schätzung des Klägers, sondern nach gerichtlicher Schätzung; l. 4. § 4. l. 5. § 3. D. 12. 3. — für den casus haftet er aber nicht, l. 21. l. 36. § 1. l. 40. pr. D. 5. 3.

b) Der malae fidei possessor haftet für dolus und culpa unbedingt, und kann auch nicht vom Kläger die Abtretung seiner Rechte an der Sache selbst verlangen, l. 69. D. 6. 1., Glück l. c. S. 210., für den casus haftet er aber nur in so fern, als er nicht beweisen kann,*) daß der dadurch entstandene Schaden oder Verlust auch den Kläger, wenn ihm die Sache zuvor ausgeliefert worden wäre, betroffen haben würde, s. v. Vangerow l. c. § 333. not. 1., Schömann Handb. des Civilr. Bd. II. S. 329 ꝛc., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. S. 145. (§ 104.)

Nur der Dieb und Räuber haftet unbedingt auch für den Zufall,**) v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 296. (§ 20.)

*) Rücksichtlich der Beweislast sind jedoch die Meinungen getheilt; Glück l. c. Bd. VIII. S. 237 ꝛc. erklärt es für die gemeine Meinung, daß der Kläger beweisen müsse, daß er Gelegenheit gehabt hätte, die Sache an einen Dritten zu verkaufen, mithin ihn der Unfall nicht betroffen haben würde; s. dagegen die oben angeführten Autoritäten.

**) Auch hier begegnet man jedoch einem Zwiespalt der Meinungen, und sogar einem Selbstwiderspruch der Gelehrten. v. Wening-Ingenheim sagt im Lehrb. Bd. I. S 296. (§ 20.): für den Zufall haftet der Dieb und Räuber in jedem Falle, dagegen im Bd. II. S. 144. (§ 104.): selbst dem Dieb und gewaltsamen Besitzer kommt der Beweis zu Gute, daß die Sache bei dem Gläubiger vom gleichen casus betroffen worden wäre. Thibaut im System d. P. R. läßt es in den früheren Ausgaben § 103. noch als communis opinio gelten, daß der Dieb und Räuber unbedingt für den casus einzustehen habe, in der neuesten Ausgabe aber § 99. läßt er auch ihm die erwähnte Ausnahme zu Statten kommen. v. Vangerow's Lehre dürfte wohl als die richtige anzunehmen seyn.

v. Vangerow l. c. § 333. not. 1., und zwar aus dem Grunde, weil bei ihm eine wirkliche mora angenommen werden muß. l. 8. § 1. l. 20. D. 13. 1. Hat der m. f. possessor die Sache veräußert, so unterscheidet man rücksichtlich der Werthsvergütung cum omni causa, ob die Veräußerung eine nothwendige oder freiwillige war. Im ersteren Fall erstattet er nur den erhaltenen Werth, s. l. 15. § 1. D. 6. 1.; im zweiten den wahren Werth nebst dem übrigen Interesse nach eidlicher Schätzung des Klägers.

c) Wird nach den Folgen gefragt, welche es in rechtlicher Beziehung hat, wenn der Besitzer schon vor erhobenem Prozeß, ohne daß ihm ein dolus zur Last fällt, den Besitz verloren oder die Sache veräußert hat, so muß zwar der m. f. possessor auch für den dolus praeteritus haften, mit welchem sein Besitz befleckt ist, und kann mit der actio in rem utilis auf Ersatz des Werths belangt werden, s. Glück l. c. S. 208. Daß aber der b. f. possessor irgend eine Haftung haben soll, ist wohl nicht mit Grund zu behaupten, s. Glück l. c., v. Vangerow l. c. § 333. not. 1. — l. 25. § 11. l. 31. § 1. D. 5. 3. Daß er weder für Schuld noch Zufall einzustehen habe, wenn die Sache untergegangen ist, oder Deterioration erlitten hat, darüber sind auch Alle einig, quia re quasi sua se abuti putavit — vel rem quasi suam neglexit, s. leg. cit., im Fall er aber die Sache vor dem Prozeß veräußert hat, soll in Praxi statuirt werden, daß er dem Kläger dasjenige herausgeben müsse, was ihm dabei als Gewinn erwachsen, oder um wie viel er bereichert worden ist; s. Thibaut System § 705. (Ed. 8.), was Schweppe im R. Privatr. Th. II. S. 77. u. 132. gleichfalls, jedoch mit der Einschränkung annimmt, in so ferne gegen keinen nachfolgenden Besitzer — etwa wegen Untergangs der Sache — eine Vindication derselben möglich ist. Dagegen erklärt Glück l. c. S. 208. diese Meinung überhaupt als der Theorie nicht gemäß; so auch Hugo im Lehrb. d. Pand. § 194. not. 1. Mit Gewißheit läßt sich nur dann annehmen, daß die rechtlichen Folgen der ficta possessio wegen einer vor entstandenem Prozeß vom Besitzer vorgenommenen Veräußerung eintreten, wenn diese doloser Weise geschah, s. l. 71. D. 6. 1. — Glück l. c. Bd. VIII. S. 207. Gegen die Erben eines solchen Veräußerers mildern sich indessen die strengen Folgen dahin, daß gegen sie nicht die actio in rem, sondern nur eine actio in factum, soweit sie durch den dolus ihres Erblassers reicher geworden sind, stattfindet. l. 52. D. 6. 1. — Glück l. c.

Zu 8) Wenn dem Kläger der Beweis gelingt, so muß der Beklagte zur Strafe seines Läugnens den Besitz sofort an den Kläger herausgeben und selbst hinterher die Rolle des Klägers übernehmen, l. ult. D. 6. 1. — Daß diese Strafe noch heut zu Tage stattfinde, ist, wie Glück l. c. S. 202. mit Beziehung auf Voet, Wernher, Hommel in Rhaps. Vol. I. Obs. 184. und Stryck bezeugt, nach dem Zeugniß praktischer Rechtsgelehrten außer Zweifel, s. auch Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. no. 202. vergl. Fr. 6.

Zu 9) Diese Rechtsfiction findet in zwei Fällen statt, welche in den Gesetzen dahin bezeichnet werden:

a) si quis liti sese obtulit. l. 25. 26. 27. pr. D. 6. 1. — l. 13. § 13. D. 5. 3. —

b) si quis dolo malo possidere desiit. l. 25. § 8. D. 5. 3. — l. 20. § 6. l. 25. § 2. 3. D. eod. — l. 27. § 8. D. 6. 1. l. 131. D. 50. 57. —

oder vielmehr in einem ausgedehnteren Sinn, welcher auch das dolo non admittere possessionem begreift, si dolo fecit, quominus possideat; § 2. J. 3. 30. — l. 25. § 8. etc. D. 5. 3. — l. 68. D. 6. 1. — l. 20. § 6. D. 5. 3. — l. 150. u. 157. § 1. D. de R. J. Die rechtliche Folge ist in beiden Fällen die nämliche, wie wenn der Beklagte wirklich besäße, mithin die Verurtheilung in den durch das juramentum in litem des Klägers zu bestimmenden Werth der Sache, l. 68. 69. u. 71. D. 6. 1. — l. 25. § 10. D. 5. 3., und zwar so, daß der Beklagte nicht einmal die Cession der Klage gegen den wirklichen Besitzer fordern kann, s. leg. cit. Glück l. c. Bd. VIII. S. 209.

In dem zweiten Fall: si quis liti se obtulit, hält zwar Gesterding in der Lehre vom Eigenthum S. 319. dafür, daß der fictus possessor nicht auf den Sachwerth, sondern nur auf so viel zu condemniren sey, als durch den dolus desselben dem Kläger geschadet werden (nach l. 45. D. 5. 3. aestimari oportebit, quanti ejus interfuit, non decipi), s. jedoch dagegen v. Vangerow l. c. § 332. not. 3., welcher bemerkt, daß die angeführten Worte der l. 45. nur auf die Ansprüche ex causa doli zu beziehen sind, und die l. 13. § 13. D. 5. 3. bestimmt ausspricht, daß der, qui liti se obtulit, ganz so, wie ein wirklicher Besitzer behandelt werden müsse. Die nachtheiligen Folgen der ficta possessio in dem Fall doloser Veräußerung erstrecken sich im Fall mehrerer durch sie successiv entstandener fingirter Besitzer auf alle in der Maße, daß es von dem Kläger abhängt, welchen von ihnen er belangen will. l. 25. § 8. D. 5. 3., Glück l. c., Bd. VII. S. 528.

In beiden Fällen muß man übrigens dann eine Ausnahme statuiren, wenn die bezeichneten Fälle der ficta possessio sich nicht einem dolus, sondern nur einer culpa subsumiren lassen, und also der Rechtssatz: dolus pro possessione est, l. 131. l. 157. § 1. D. 50. 17. nicht anwendbar wird.

a) Hätte sich nämlich der Beklagte nur irrthümlich und nicht gegen eigenes Wissen für den Besitzer gehalten, so haftet er nur in so weit, als er dadurch den Kläger in Schaden gebracht hat. Der Schaden kann sich aber auch in diesem Fall auf den ganzen Werth der Sache belaufen, wenn z. B. dadurch, daß der Kläger durch des Beklagten falsches Vorgeben, als sey er der Besitzer, von der Klage gegen den rechten Besitzer abgehalten wurde, die Verjährungszeit für diesen gewonnen worden ist, s. Glück l. c. Bd. VII. S. 527. Außerdem kann der Beklagte dadurch, daß er noch vor der Litiscontestation seine falsche Behauptung zurücknimmt, den Schaden und somit auch den Schadensanspruch beseitigen. l. 25. D. 6. 1. —

b) Hat der Beklagte während dem Prozeß aufgehört, culpose zu besitzen, so unterliegt er der Verurtheilung auf den wahren Werth der Sache, aber nicht nach eidlicher Schätzung des Klägers, sondern nur nach gerichtlicher Schätzung, l. 4. § 4. l. 5. § 3. D. 12. 3., und kann auch vom Kläger die Abtretung der Klage gegen den dritten wirklichen Besitzer verlangen, gegen welchen ihm übrigens auch ohne solche Cession actio Publiciana zusteht. l. 63. D. 6. 1., v. Vangerow l. c. § 332. not. 3.

Endlich ist noch zu bemerken, daß der fingirte Besitzer, welcher sich in böser Absicht des Besitzes entlediget hat, von dem Anspruch auf den Werth alsdann frei wird, wenn sich der wahre Besitzer gleich Anfangs erbietet, die Klage gegen sich anzunehmen, es wäre denn, daß der Kläger ein besonderes Interesse dabei habe, keinen andern Gegner zu bekommen, was wenigstens dann der Fall gewiß nicht ist, wenn dieser sich bereit erklärt, die Sache herauszugeben. l. 13. § 14. D. 5. 3., Glück l. c. Bd. VII. S. 529.

Zu 10) Nach römischem Recht gewiß nicht; denn nach l. 45. D. 6. 1. muß er condemnirt werden, nisi *evidentissimis probationibus* possit ostendere, actorem initio litis scire, eum non possidere, v. Gönner Handb. d. Proz. Bd. I. no. XVI. § 6. S. 350., Glück P. C. Bd. VII. S. 525.; doch soll dem Gerichtsbrauch nach die Eideszuschiebung für zulässig angesehen werden, s. Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 4. § 54. t. 5.

Zu 11) Die l. 7. D. 6. 1. bejaht diese Frage geradezu, die l. 46. D. 6. 1. vergl. mit l. 1. u. 3. D. 41. 4. aber macht sie zweifelhaft, und dies veranlaßte einige Rechtsgelehrte, namentlich Voet Comm. ad Lib. V. tit. 3 § 8. u. Hellfeld Jurispr. for. Lib. V. tit. 3., Erxleben Diss. de eo, quod juris est circa fictam possessionem etc. Goetting. 1778. Cap. III. Membr. 2. um so mehr dazu, sie zu verneinen, als das Billigkeitsgefühl sich gegen eine scheinbar doppelte Forderung des nämlichen Objects sträubt, allein die bejahende Entscheidung ist gleichwohl, wie man aus den vielen bei Glück P. C. Bd. VII. S. 530. rc. Bd. VIII. S. 206. angeführten Autoritäten sieht, die herrschende, und wird auch von Glück selbst vertheidigt. Die Gesetze sind darüber zu sehr übereinstimmend, vergl. l. 13. § 14. D. 6. 1. u. l. 95. § 9. D. 46. 3. mit der vorangeführten l. 7. D. 6. 1. Die dagegen angeführte l. 46. D. 6. 1. redet gar nicht von dem Fall, da der fingirte Besitzer zuerst ausgeklagt worden ist, sondern wo der Kläger, wegen Ungehorsams des Beklagten gegen die Restitutionsauflage, hinsichtlich der wirklich in seiner Gewalt befindlichen Sache, zum Würderungseid gelassen wird; l. 1. u. 2. D. de in litem jur. (12. 3.) Die scheinbare Unbilligkeit endlich verschwindet bei der Betrachtung, daß es zweierlei ist, was der Kläger hier mit Recht fordert und erhält, nämlich was der fictus possessor als Strafe an ihn gesetzlich zu entrichten hat, und das Eigenthum der Sache. Der Eigenthumsanspruch kann aber durch Annahme desjenigen, quod poenae nomine datur, nicht aufgehoben werden, s. l. un. C. 2. 55. Dafür hat sich auch v. Vangerow l. c. § 332. not. 3. erklärt und zugleich die von Gesterding in der Lehre vom Eigenthum S. 345. aufgeworfene singuläre Meinung gründlich widerlegt, als könne zwar der verus possessor, welcher durch die *litis aestimatio* Käufer,*) aber doch nicht Eigenthümer werde, das Eigenthum noch verfolgen, müsse aber, wenn er die Sache dann mit der Eigenthumsklage errungen hat, sie dem fictus possessor, welcher sie ihm gleichsam abgekauft habe, herausgeben.

Zu 12) Wenn der Erwerbpreis zum Nutzen des Klägers verwendet worden ist; z. B. wenn der Minderjährige nach erlangter Majorennität ein vom Vormund ohne obrigkeitliches Decret veräußertes Grundstück vindicirt, dessen Erlös jedoch in seinen Nutzen verwendet worden ist, l. 16. C. 5. 71.; ferner: wenn der Beklagte eigentlich die negotia des

---

*) Diese Supposition ist irrig; die litis aestimatio wird nicht auch dann als Kauf angesehen, wenn gegen einen fictus possessor geklagt worden ist, l. 69. u. 70. D. 6. 1., v. Vangerow l. c.

Klägers gerirt hat, indem er z. B. die Sache unter solchen Umständen an sich brachte, wo sie sonst für den Kläger gewiß auf immer verloren gegangen seyn würde, s. Glück l. c. Bd. VIII. S. 216., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 298. (§ 22.), Westphal rechtl. Abhandl. von den Fällen, in welchen der Eigenthümer seine in eine dritte Hand gediehenen Sachen entweder gar nicht, oder nicht unentgeltlich abfordern kann. Halle 1787. Die l. 6. D. 49. 15. endlich spricht Dem, welcher eine in die Gewalt der Feinde gerathene Sache ausgelöset hat, die Vergütung des bezahlten Preises zu, was eben auch unter die Rubrik der neg. gestio zu rechnen ist.

Zu 13) Nach R. R. ist dies dann der Fall, wenn der Dritte die Sache vom fiscus, oder vom Regenten oder dessen Gemahlin durch rechtmäßigen Titel an sich gebracht hat. Da kann der Kläger an den Autor des Beklagten verwiesen werden, gegen welchen jedoch die Regreßklage auf eine 4jährige Verjährungsfrist eingeschränkt ist, l. 1. l. 2. l. 3. C. 7. 37. — § ult. J. 2. 6.

Zu 14) An dem Orte, wo sich die Sache befindet. Verlangt der Kläger die Herausgabe da, wo er die Klage angestellt hat, z. B. in foro domicilii, so muß er Gefahr und Kosten tragen. Unter letzteren werden aber nicht die Unterhaltungskosten (cibaria) begriffen, s. Glück P. C. Bd. VIII. S. 218. Cibaria pecudi aut homini utique et ante praestabat, et quamdiu possidebat, ubicunque morarentur, ultra suppeditare debuit. Huber Eunomia Rom. Lib. VI. ad l. 10. D. 6. 1. pag. 298., Götz rechtl. Entscheidung der Juristenfacultät Altdorf no. 7. S. 95. von den Fütterungskosten bei Redhibition eines nicht ganz unbrauchbaren Pferdes. Doch muß der malae fidei possessor Gefahr und Kosten tragen, wenn er die Sache von dem Orte, wo er sie erhielt, oder wo bereits lis contestirt war, weiter geschafft hat, l. 12. D. 6. 1. Glück l. c. S. 219.

Zu 15) Da der b. f. possessor die Früchte,*) sowohl natürliche als industrielle,**) schon durch die Separation erwirbt, so verzehrt und

---

*) Daß sich das Recht des b. f. possessor nur auf wahre Früchte beziehe, und nicht auch auf Accessionen, z. B. den Nachwuchs einer Heerde, führt v. Vangerow in den Pand. Bd. I. § 326. S. 5?4. gegen Unterholzner's Verjährungslehre S. 333. und Schilling Lehrb. d. Institt. Thl. II. S. 538. not. h. aus.

**) Sowie überhaupt über die eigentliche Natur des Rechts, welches der b. f. possessor an den Früchten hat, so auch darüber sind mehrere ältere Rechtslehrer und unter den neueren besonders Unterholzner im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 311. in ihren Meinungen abweichend, die meisten neuer

veräußert*) er sie auch mit Recht, und ist auch für deren Vernachlässigung Niemandem verantwortlich, l. 78. D. 6. 1.; er ist daher nur die fructus extantes zu restituiren schuldig, l. 22. C. 3. 32., indem seine Eigenthumserwerbung nur ex nunc vom Vindicanten revocirt werden kann, jedoch nach der gewöhnlichen Meinung nur in so weit, als er nicht etwa**) durch Usucapion das Eigenthum daran erworben hat.

---

ren aber dahin einverstanden, daß der b. f. possessor an den Früchten ohne Unterschied, ob sie naturales oder industriales sind, das Eigenthum erwirbt, aber auch ohne Unterschied officio judicis angehalten werden müsse, soweit sie bei Entstehung des Processes vorhanden sind, sie dem Vindicanten, wenn dieser Sieger geworden ist, abzutreten, Glück P. C. Bd. VIII. S. 291., Thibaut System des Pand. R. § 709. (Ed. 8.), welchen Glück l. c. S. 282. not. 11. irrig Denjenigen beizählt, welche einen Unterschied zwischen natürlichen und industriellen Früchten machen, indem sie an den letzteren dem b. f. possessor nicht blos ein dominium interimisticum s. revocabile, sondern ein unwiderrufliches Eigenthum zuschreiben, s. vielmehr auch Braun's Erörter. zu Thibaut § 568. S. 483.

*) Die Veräußerung gilt nämlich als eine Art der Consumtion, s. v. Vangerow l. c. S. 553.

**) Wir sagen: „etwa durch Usucapion," indem die juristische Möglichkeit einer Usucapion hier noch in Zweifel liegt. Wenn dem b. f. possessor ein Eigenthumserwerb an den Früchten zugeschrieben wird, wie kann man sich denn — wird eingewendet — Usucapion der eigenen Sache denken? Aber auch abgesehen davon, so kann ja Sachverjährung keinen Befreiungsgrund von obligatorischen Verbindlichkeiten abgeben. — Dagegen vertheidigt Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 211. die gewöhnliche Lehre. Allerdings — sagt er — kann durch Usucapion eine mangelhafte und unvollständige Erwerbsart ergänzt, so auch ein nur interimistisches Eigenthum zum definitiven erhoben werden. Auch sprechen mehrere Gesetzstellen von einer Usucapion der Früchte von Seite eines b. f. possessor, s. l. 4. § 5. u. 19. D. 41. 3. — l. 2. in f. D. 41. 10. — l. 48. § 5. D. 47. 2. Nicht aus einem obligatorischen Verhältniß, sondern als Eigenthümer vindicire der dominus die Früchte, durch die Usucapion des Fruchterwerbers aber werde seine Vindication der fructus adhuc extantes ausgeschlossen. Wenn man aber auch dem vorherigen interimistischen Eigenthum des b. f. possessor ein obligatorisches Verhältniß unterstellen wollte, so höre doch durch die Verwandlung des interimistischen in definitives Eigenthum, in Folge der Usucapion, das obligatorische Verhältniß aus ersterem auf. Denn so richtig es sey, daß Derjenige, welcher eine Forderung gegen uns hat, welche auf eine bestimmte Sache gerichtet ist, ohne Rücksicht darauf, ob diese Sache uns eigenthümlich gehört oder nicht, seine Forderung dadurch nicht verliert, daß wir inzwischen das Eigenthum an jener Sache durch Usucapion erwerben, so verliere doch Der, welcher gerade darum, weil wir noch kein Eigenthum oder wenigstens kein definitives Eigenthum an der Sache haben, in Folge früheren

Der malae fidei possessor erwirbt nach der, obwohl von Madai*) angefochtenen, aber doch herrschend gebliebenen Lehre zu keiner Zeit ein Eigenthum an den Früchten, muß daher für perceptos et percipiendos et consumtos, vom Anfang des unredlichen Besitzes an gerechnet, dem Kläger gerecht werden. Unter den percipiendis versteht man hier diejenigen, welche der Kläger hätte ziehen können, § 35. J. 2. 1. — § 2. J. 4. 17. — l. 62. § 1. D. 6. 1. — l. 4. § 2. D. 9. 1. — l. 5. l. 22. C. 3. 32. Durch die Litiscontestation wird zwar auch Derjenige, welcher bis dahin bona fide besaß, zum malae fidei possessor und muß deshalb von dieser Zeit an auch fructus consumtos und neglectos**) restituiren, l. 4. § 2. D. 10. 1.— § 27. J. 4. 17. — l. 22. C. 3. 32. Doch ist in Ansehung der fructus percipiendi der Unterschied, daß er nur für diejenigen haftet, welche er selbst hätte ziehen können, § 2. J. 4. 17. — l. 2. C. 7. 51. Glück P. C. Bd. VIII. S. 264—300., und nicht für die durch Zufall verloren gegangenen oder durch den Untergang der Sache selbst vereitelten Früchte, l. 5. l. 22. C. 3. 32. — l. 17. § 1. l. 33. D. 6. 1.***) Der Grund dieses Unterschieds liegt darin, weil der b. f. possessor auch während dem Proceß nicht für den casus haftet. Daher hat er, wenn ein Unglücksfall ihm die Sache unbenutzbar machte, nicht für die Nutzungen einzustehen, welche der Eigenthümer gehabt haben würde, in dessen Besitz die Sache nicht auf diese Weise verunglückt wäre.

Eigenthums obligatorische Ansprüche auf die Sache hat, sicher diese Ansprüche, sobald wir durch Usucapion unser bisheriges blos interimistisches in definitives Eigenthum verwandelt haben.

*) Lehre von der mora. S. 337. not. 709. und in Linde's Zeitschrift Bd. XI. S. 1.

**) Nämlich durch Versäumung oder Vernachlässigung der Perception wirklich erzeugter Früchte. Andere rechnen hierher auch nachlässig unterlassene Erzeugung, s. Glück P. C. Bd. VIII. S. 262., v. Buchholz jurist. Abhandl. S. 14., allein s. dagegen Heimbach Lehre von der Frucht S. 171 ꝛc., Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. II. S. 242.

***) In Ansehung der besonders seit der ausgezeichneten Dissertation von Backe b. f. possessor quemadmodum fructus suos facit. Berol. 1825. reichhaltig gewordenen Literatur über die Lehre von den Früchten ist zu vergleichen v. Buchholz in den jurist. Abhandl. über die fructus percipiendi, Fr. Ludw. Keller Semestrium ad M. T. Ciceronem Libri VI. Vol. I—III. Turici 1842—1844., Heimbach die Lehre von den Früchten, J. P. F. Kübel de dotis fructibus soluto matrimonio divid. Tubing. 1841., Obrock D. de publiciana in rem actione. Goetting. 1844., v. Savigny R. d. Bes. S. 271 ꝛc., Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Thl. II. S. 79.

Allgemeiner Grundsatz ist es übrigens, daß der Vindicant die Früchte nicht in Anspruch nehmen kann, wenn sie ihm auch dann, wenn er im Besitz der Sache gewesen wäre, nicht gebührt hätten, z. B. wenn er blos die Proprietät hatte, oder während dem Proceß den Nießbrauch verlor, s. v. Vangerow l. c. § 333. not. 2. Nicht wohl aber ist mit Glück im P. C. Bd. VIII. S. 300. anzunehmen, daß das officium judicis in Ansehung der Zuerkennung der Früchte nur auf diejenigen gehe, welche nach der Litiscontestation gezogen worden sind, l. 35. § 1. D. 6. 1. — l. 25. § 8. D. 21. 1., daher die vor dem Proceß gezogenen ausdrücklich gebeten werden müßten. — Diese Ansicht hängt mit der auch von Buchholz jurist. Abhandl. S. 26., angenommenen Meinung zusammen, daß — vom Standpunkt des classischen Rechts aus betrachtet — bei der Vindication die Klagformel ausdrücklich auf die Hauptsache und Accessionen, also auch auf die Frucht gestellt werden müsse. Allein s. dagegen Heimbach l. c. S. 93. Im Justinianischen Recht ist die ehemalige Dichotomie der Eigenthumsklage, nämlich durch die formula petitoria oder per sponsionem verschwunden; in die Pandecten und den Codex wurden nur solche Fragmente eingetragen, die sich auf die formula petitoria beziehen, welche vermöge des Begriffs des Eigenthums immer auch die Früchte der Sache stillschweigend in sich begreifen mußte. Wenigstens hatte man sich schon zur Zeit der classischen Juristen daran gewöhnt, das rem restituere, wie es ja in der formula petitoria technisch gewesen ist, immer mit Einschluß der Frucht zu denken, l. 22. D. 50. 16. — l. 64. D. 6. 1. Sind nun aber im Erkenntniß über die Hauptsache die Früchte übergangen worden, so sind zwar manche Rechtslehrer, welche man bei Glück l. c. Bd. VIII. S. 299. not. 61. angeführt findet, der neuerdings auch von Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 226. II. vertheidigten Meinung, daß die Früchte allemal noch durch eine besondere Klage gefordert werden können, dagegen Andere eine gesonderte Klage wegen der Früchte, wenn sie im Erkenntniß über die Hauptsache übergangen worden sind, bezüglich l. 3. C. 7. 51. unbedingt verwerfen, v. Hartitzsch Entsch. prakt. Rechtsfragen no. 345., Leyser Vol. II. Sp. 99. Med. 8., Struben rechtl. Bedenken Bd. I. no. 63., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. II. th. 34. not. 9. Die Meisten aber sind darin einverstanden, daß gegen den b. f. possessor eine besondere Klage nicht stattfinde, sondern nur gegen malae fidei possessor, gegen welchen man die extantes vindiciren, die consumtos condiciren kann, l. 22. § 2. D. 13. 7. — l. 3. C. 4. 9. — l. 4. C. 9. 32. Heimbach die Lehre von der Frucht S. 104., Glück l. c., v. Wening-Ingen-

heim Lehrb. Bd. I. S. 298. (§ 21.), v. Vangerow l. c. Bei Vindication von Baarschaften ist in l. 20. § 14. D. 5. 3. u. l. 62. D. 6. 1. die besondere Bestimmung getroffen, daß man den b. f. possessor nicht für Zinsen in Anspruch nehmen kann, indem man ihm nicht die mit der Ausleihe, durch welche er sie nur erlangen konnte, verbundene Gefahr anmuthet. In Ansehung der Deteriorationen gelten die nämlichen Grundsätze, wie in Betreff des Untergangs der Sache, s. v. Wening-Ingenheim l. c.

Zu 16) Man muß hierbei auf die Frage zurückgehen, ob error juris überhaupt und in welchen Fällen er entschuldigt wird. Da er nun, wenn es sich um Gewinn handelt, niemals verziehen wird, so pflegt man den Irrenden nur dann als malae fidei possessor zu behandeln, wenn es sich um Vergütung desjenigen handelt, wodurch er bereichert worden ist, s. Glück P. C. Bd. VIII. S. 269. not. 87. —

Zu 17) Die auf Erzeugung der Früchte verwendeten Unkosten müssen ihm allemal, er sey bonae oder malae fidei possessor, vom Vindicanten als Empfänger der Früchte vergütet werden, l. 1. C. 7. 51.; aber alsdann nicht, wenn nichts aus den Früchten geworden ist, s. Glück l. c. Bd. VIII. S. 301. gegen Cujac. Obs. Lib. X. c. 1. Bei Verwendungen auf die Sache selbst ist der schon früher (Bd. I. Allg. Thl. Kap. VI. § 1. lit. b. Nr. 12. S. 312.) erörterte Unterschied zwischen impensae necessariae, utiles und voluptuariae bezüglich der bonae oder malae fidei possessio zu beobachten. Auch ist wohl ungeachtet der entgegengesetzten Meinung eines Cujac. l. c. kein Zweifel mehr darüber, daß der Verwendungen halber keine Klage, sondern nur eine Einrede mit der Wirkung der Retention stattfinde, Glück l. c. S. 309., v. Vangerow l. c. § 334. not. 1. — l. 48. D. 6. 1. — l. 11. § 1. l. 29. pr. D. 10. 3.*) — l. 33. D. 12. 6.

Zu 18) Wenn erst nach Aburtheilung der ersten Klage ein neuer Erwerbsgrund entstanden ist, so kann es nicht zweifelhaft seyn, quod novum emergens novum requirat auxilium. Wenn aber die causae petendi schon bei der ersten Klage vorhanden waren, so unterscheiden die älteren Rechtslehrer, ob man nur generell geklagt hatte, rem suam

*) Abweichend ist jedoch Gesterding Ausbeute 2c. Thl. IV. Abthl. 2. S. 210. Daß der b. f. possessor seine Impensen nicht durch eine Klage fordern könne, muß zwar auch von ihm zufolge der bestimmtesten Gesetzesvorschriften zugestanden werden, aber den Mehrwerth, welchen die Sache durch sie erlangt hat, und welcher noch vorhanden ist, kann er nach seiner auf l. 6. § 3. D. de neg. gest. gestützten Meinung allerdings durch eine Klage vergütet verlangen, soweit der Eigenthümer dadurch bereichert ist.

esse, oder ob man eine causa specialis angeführt hatte. Im ersten Fall ward jede weitere Klage ausgeschlossen, im zweiten sollte einer andern causa durch die exc. rei judicatae das Gehör nicht verschlossen seyn, s. Keller über Litiscontestation S. 287., Heffter im Rhein. Museum Bd. III. S. 222. über die causa adjecta s. expressa bei Vindicationen. Noch weiter geht Mühlenbruch in Doctr. Pand. Vol. II. § 276. Caeterum actor, qui causa non probata frustra egit, non impeditur, quominus adversus eundem possessorem ex alia dominii acquirendi ratione rursus judicio experiatur, praeterquam si generatim, nec ulla expressa acquisitionis causa, rem esse suam intendit petitor. Richtiger aber scheint die von Puchta im Rhein. Museum Bd. II. S. 251. u. Bd. III. S. 467. ausgeführte Ansicht, daß das Eigenthum oder ein dingliches Recht — einmal aberkannt — nie wieder geltend gemacht werden könne. Es lag nämlich schon in der Klagformel, daß omnes causae una petitione apprehendebantur — neque enim amplius quam semel res mea esse potest. Hiermit stimmt überein v. Vangerow l. c. § 173. not. 1. lit. h. und § 333. a. E. — vergl. l. 1. D. 6. 1. — l. 11. pr. § 1. 2. 4. 5. l. 14. § 1. l. 21. § 3. l. 25. pr. D. 44. 2.

Actio Publiciana.

Das im Eingang des § 9. angedeutete Princip dieser Klage, welche für die Fälle der Vindication nicht nur, sondern auch für die Fälle der actio in rem negatoria gilt, s. Puchta im Rhein. Museum Bd. I. S. 165., bringt nothwendig bedeutende Abweichungen von der Vindication mit sich, und aus jenem Princip fließt die Beantwortung der Fragen:

1) Wer kann diese Klage gebrauchen?
2) Können alle Sachen ohne Unterschied mittelst derselben verfolgt werden?
3) Gegen wen findet diese Klage Statt? und welcher hat den Vorzug, wenn die Sache Mehreren verkauft worden ist?
4) Was hat der Kläger zu beweisen?

Zu 1) Da die actio Publiciana auf fingirter Usucapion beruht, so kann sie Jeder anstellen, der die Sache — sey es auch vom Nicht=

eigenthümer oder von einem dispositionsunfähigen Eigenthümer,*) l. 1. pr. D. 6. 2. — bona fide übertragen bekommen und, wäre er im Besitz geblieben, oder hätte er den Besitz erhalten,**) das Eigenthum, oder das dingliche Recht mit dem Ablauf der Verjährungszeit erworben haben würde, s. Schilling Lehrb. Bd. II. § 176. not. b.***) Formfehler eines Geschäfts vermag die act. Publiciana nicht zu heilen, daher steht derselben bei Rechtsgeschäften, welche gerichtliche Mitwirkung erfordern, der Mangel derselben allerdings entgegen, s. Erk. d. O. A. G. in Kiel in Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 2. S. 195.

Zu 2) Dem Princip nach nur solche, deren Veräußerung nicht gesetzlich verboten ist, l. 12. § 4. D. 6. 2., und in der Regel über-

---

*) Zur Erläuterung mögen folgende Beispiele dienen:

A. klagte wider B., als Besitzer von 32 Obligationen au porteur, welche nach gemeinem Recht vindicabel sind, auf deren Herausgabe, mit dem Anführen, er, A., habe sie bona fide erkauft, dann aber dem X. mit Bedingung, daß er sie ihm, dem A., in natura zurückliefere, anvertraut. X. hatte sie indeß an B. verkauft. B. war gleichwohl redlicher Erwerber, und hätte daher selbst die act. Publ. anstellen können, wenn er nicht nach l. 1. 7. C. 7. 26. dem früheren gleichfalls redlichen Besitzer hierin weichen müßte. Gleichwohl hatte die Klage des A., wie angebracht, nicht zum Zweck geführt, weil der Ausdruck „anvertraut" nicht für bestimmt genug erachtet wurde, um die Befugniß des X., die Obligationen zu verpfänden, auszuschließen, s. Erk. d. O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. Rechtsf. 1845. S. 271.

Dagegen willfahrte das O. A. G. in Cassel dem A., welcher dem C. 7 Dosen mit der Bedingung, daß er sie ihm binnen 4 Wochen zurückgeben oder 350 Thlr. dafür bezahlen solle, zugestellt hatte, als er sie vom B., dem sie C. inzwischen verpfändet hatte, vindicirte; die Gründe bemerken: das Geschäft muß, da die Contrahenten es als „in Commission geben" übereinstimmend bezeichnen, für mandatum de vendendo, nicht als Tröbelvertrag gelten. Freilich kann der Commissionär selbst die Sache kaufen, allein hier fehlt zum Uebergang des Eigenthums an ihn Crediterteilung des Verkäufers, s. Strippelmann Entsch. Bd. I. S. 164. Jahrg. 1842.

**) Dies jedoch nur ausnahmsweise; denn in der Regel muß der Kläger den Besitz gehabt haben, und zwar mit dem animus rem sibi habendi, l. 1. pr. l. 7. § 16. l. 13. § 1. D. 6. 1. In solchen Fällen aber, wo das Eigenthum ohne vermittelnden Besitz auf Jemand übergehen kann, z. B. bei dem Legat, dem Universalfideicommiß u. dergl., genügt es, daß der autor im Besitz gewesen ist, l. 12. § 1. l. 15. D. 6. 1.

***) Ueber die Auslegung und Aechtheit der l. 1. pr. D. 6. 2. s. Glück P. C. Bd. VIII. S. 315., Zimmern im Rhein. Museum Bd. III. S. 339., Unterholzner das. Bd. V. S. 15., Mayer in der Zeitschr. f. geschichtl. R. W. Bd. VIII. S. 21.

haupt solche, welche der Eigenthumsverjährung nicht entzogen sind, l. 9. § 5. D. 6. 1., doch sind die Meinungen hierüber wegen l. 12. § 2. eod. sehr verschieden. Die Gründe zu deren Widerlegung s. v. Vangerow l. c. § 335. —

Zu 3) Gegen Jeden, welcher keine justa causa oder nur schwächere Gründe seines Besitzes für sich anzuführen vermag, § 4. J. 4. 6., und sich nicht auch in einer b. f. possessio befindet. Im Collisionsfall geht jedoch Derjenige vor, welchem zuerst tradirt war, nicht welcher zuerst erworben hat. Die l. 9. § 4. D. 6. 1. unterscheidet übrigens zweierlei Fälle:

a) wenn zwei von demselben non dominus gekauft haben; — da muß natürlich Derjenige vorgehen, welchem zuerst die Sache tradirt war; denn nur der Besitz gewährt die Publicianische Klage, und dem Andern steht das vitium furtivitatis entgegen.

b) Wenn beide von verschiedenen non dominis gekauft haben; — hier soll lediglich der Besitz für den Vorzug entscheiden.

Dagegen macht die l. 31. § 2. D. 19. 1. keinen Unterschied, sondern entscheidet schlechthin zu Gunsten Desjenigen, welcher zuerst apprehendirt hat, oder cui res primum tradita est.*)

Das Grundprincip ist überall: melior sit causa possidentis quam petentis.

Gegen den wirklichen Eigenthümer kann zwar die Publicianische Klage nicht geltend gemacht werden; wo aber der Vindication eine justa exceptio entgegenstände, z. B. exc. doli, rei venditae et traditae, oder rei judicatae, da kann auch durch eine solche replicatio die exc. justi dominii unwirksam gemacht werden, l. 14. l. 72. D. 6. 1. — l. 2. D. 21. 3. — l. 22. D. 25. 2. — l. 1. l. 3. D. 41. 4. — l. 24. D. 44. 2. — l. 4. § 32. D. 44. 4.

Zu 4) Er hat blos den ex justa causa erworbenen Besitz zu beweisen, verbunden mit bona fides, ganz nach den Erfordernissen der Usucapion, jedenfalls also zur Zeit des Besitzerwerbes, s. v. Vangerow l. c. § 335. no. 1 d.**), l. 10. pr. D. 41. 3., doch mit einiger Abweichung

*) Verschiedene Meinungen über den Widerstreit beider angeführter Gesetzstellen, sowie über den weitern Fall, wenn zweierlei Käufer gegen einen dritten Prätendenten streiten, s. Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Thl. II. § 238. und in dessen Zeitschr. Bd. I. S. 238., Kritz Darstellung prakt. Materien des R. R. Bd. I. S. 99., Glück P. C. Bd. VIII. S. 341., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 335. not. 1 d., Braun Erört. zu Thibaut § 573.

**) Daß aber auch zur Zeit des geschlossenen Vertrags die bona fides vorhanden gewesen seyn müsse, hat wohl die meisten Autoritäten für sich, bezüg-

von dieser bei dem titulo pro emtore, indem nicht auch zur Publicianischen Klage, sowie zur Usucapion aus diesem Titel, die geschehene Zahlung des Kaufpreises erfordert wird, l. 8. D. 6. 1., v. Vangerow l. c., Hartitzsch Entscheid. prakt. Rechtsfragen no. 332. Bei dem Erben genügt zur Anstellung der Publicianischen Klage die bona fides des Erblassers, ohne daß auf die eigene Ueberzeugung des Erben weiter etwas ankommt, l. 7. § 12. D. 6. 2. Schilling Lehrb. f. Institt. 2c. Bd. II. § 176.

Kapitel III.

Von den Servituten.

§ 1. Im Allgemeinen.

Inst. II. 3. de servitut. praed. Dig. VIII. 1. de servitutibus. Dig. VIII. 5. si servitus vindicetur. Dig. VIII. 4. communia praediorum. Dig. VIII. 6. quemadmodum servitus amittatur. Dig. VIII. 2. de servitutibus praediorum urbanorum. Dig. VIII. 3. de servitut. praediorum rusticorum. Cod. III. 34. de servitutibus et aqua.

Als bekannte Grundprincipien dürfen hier vorausgesetzt werden:

1) daß die Servitut*) ein Recht an Sachen, und zwar an der Sache eines Andern ist, — nulli res sua servit, l. 26. D. 8. 2., insbesondere an einer solchen Sache, welche nicht dem Verkehr entzogen ist.**)

---

lich l. 7. § 16. 17. l. 11. § 3. D. 6. 2. — Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens S. 59—62., Glück P. C. Bd. VIII. S. 336., Roßhirt gem. deutsch. Civilr. Thl. II. § 247., Tigerström die b. f. possessio S. 123.

*) Ueber die Schwierigkeiten und Verschiedenheiten der Definition einer Servitut s. v. Vangerow Pand. Bd. I. § 338. und die dort angeführte Literatur, sowie über die rechtsgeschichtliche Entwickelung des Begriffs vorzüglich G. F. Puchta im Rhein. Museum Bd. I. S. 305. — Ueber die Eintheilung der Servituten in regulares und irregulares s. v. Löhr Magazin Bd. III. S. 495., Roßhirt Lehre von den Vermächtnissen Thl. II. S. 83., Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. XV. S. 382., Glück P. C. Bd. IX. S. 19., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 339. not. 1.

**) Nach den Grundsätzen des Kirchenrechts kann gleichwohl an einer im Eigenthum einer Kirche oder milden Stiftung befindlichen Sache die Bestel-

2) daß dieses dingliche Recht nur in irgend einer Art von usus rei alienae besteht, mithin salva substantia zu verstehen, l. 1. l. 2. D. 7. 1. — auch, wie Alles, was der natürlichen Freiheit zuwider, der stricten Auslegung unterworfen, und auf die für das dienende Gut wenigst nachtheilige und beschwerliche Art auszuüben ist; servitutibus civiliter utendum est, l. 9. D. 8. 1. — l. 20. § 1. D. 8. 2. — l. 4. § 1. D. 43. 19., wie denn auch schon nach dem allgemeinen Grundsatz, daß ein Recht nicht ohne ein vernünftiges Interesse gedacht werden darf, l. 61. D. 2. 14. — l. 38. § 17. D. 45. 1., dieser usus mit irgend einem Vortheil oder wenigstens Annehmlichkeit für das Subject des Rechts verbunden seyn muß, l. 15. pr. D. 8. 1., und zwar mit einem solchen Vortheil, welcher dem herrschenden Gut als solchem — ohne Rücksicht auf zufällige subjective Verhältnisse eines zeitlichen Besitzers — sich wirksam erweist; womit bei Prädialservituten das Erforderniß der Vicinität,*) nämlich eines solchen örtlichen Verhältnisses, ohne welches das eine Gut vom andern einen Vortheil nicht ziehen könnte, in Verbindung steht, l. 5. § 1. D. 8. 3. — l. 12. D. 20. 1., oder, wie Thibaut in den civilist. Abhandl. S. 44. sich ausdrückt: die Grundstücke müssen einander so nahe liegen, daß diese Nähe dem Herrn der herrschenden Sache die Dienstbarkeit in der Regel interessant mache.

3) daß, je nachdem die Servitut einem persönlichen oder unmittelbar einem sächlichen Bedürfniß dient, eine servitus personalis**) oder realis entsteht, und bei letzterer noch ein

---

lung einer Servitut unter denselben Voraussetzungen und mit Beobachtung derselben Förmlichkeiten als zulässig betrachtet werden, unter welchen eine Veräußerung derselben gestattet ist, Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 188.

*) Eine Ausnahme von dem Erforderniß der Vicinität machen Einige bei der reservirten Servitut, wegen l. 6. pr. D. 8. 4. s. Thibaut civilist. Abh. S. 43., Schrader civilist. Abh. S. 324., s. dagegen Glück P. C. Bd. X. S. 35. u. v. Vangerow Pand. Bd. I. § 340. no. 2., welcher die Worte dieses Gesetzes „parvique refert, vicinae sint ambae aedes vel non" so auslegt, daß hier das Wort „vicinae" nur im vulgären Sinne an einander stoßender Häuser gebraucht, mithin die Negation nicht gegen den oben angedeuteten juristischen Begriff gerichtet sey, s. auch Donell. Comm. Lib. XI. c. 2.

**) Da auch wohl Prädialservituten blos einer Person gewährt werden können, welchenfalls aber freilich auch nur persönliche Ansprüche entstehen, so

besonderer Unterschied zwischen serv. praediorum rusticorum und urbanorum zu beachten ist.*)

4) daß jeder Prädialservitut eine causa perpetua zum Grunde liegen müsse, d. i. daß die Voraussetzungen, auf welchen die Ausübung der Servitut beruht, nicht vorübergehend und zufällig seyn, sondern einen fortdauernden Grund haben müssen, l. 28. D. 8. 2., vergl. § 4. Fr. 1. lit. e.

5) daß die Servitut ihrer Natur nach

a) ein von dem eigentlichen Rechtssubject — sey dieses nun eine Person, wie bei der serv. personalis, oder ein praedium — durchaus untrennbares, daher auch im Maaß der Ausübung nur auf das eigene Bedürfniß**) des Rechts-

---

dürfen hier unter serv. personales nur diejenigen verstanden werden, welche nie anders als in persönlicher Art bestellt werden können, namentlich usus, usufructus, habitatio, operae servorum vel animalium.

*) Ueber den Unterschied beider und die richtige Begriffsbestimmung s. v. d. Pfordten im civilist. Archiv Bd. XXII. S. 10., Zachariä von Lingenthal im civil. Archiv Bd. XXVII. S. 1., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 241. Irrig wäre es, die Lage des praedii in oder außer der Stadt für maßgebend zu achten. „Servitutes praed. urban. sind diejenigen, welche ohne Gebäude nicht bestehen können, gleichviel ob das herrschende oder dienende Grundstück, oder endlich ob beide ein Gebäude seyn müssen. Serv. praed. rusticorum dagegen sind diejenigen, welche auch zwischen zwei leeren Grundstücken vorkommen können," cf. l. 3. D. 8. 1. Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt. Verschieden sind indessen die Meinungen, indem Einige diese Eintheilung auf die Qualität des herrschenden, s. Glück P. C. Bd. IX. S. 22., vergl. Bd. XVIII. S. 410., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. S. 120., Andere auf die Qualität des dienenden Grundstücks beziehen, s. Cocceji jur. civ. controv. Lib. VIII. tit. 1. Qu. 1. u. a. m., wogegen v. Vangerow l. c. Bd. I. § 339. no. 2. mit Stever de servitutibus praed. Cap. I. § 8. u. 9. und Gaedke D. an et quo sensu servitus non utilis fundo imponi possit (Rost. 1826.) pag. 7., die Hauptgrundlage dieser Eintheilung in dem Inhalt der Servitut findet. Nach diesem lassen sich nämlich 3 Klassen von Realservituten unterscheiden: serv. *habendi* (z. B. oneris ferendi, tigni immittendi), *prohibendi* (z. B. altius non tollendi, ne luminibus officiatur) und *faciendi* (z. B. serv. itineris, viae, actus, aquae haustus). Von diesen fallen nun die servitutes faciendi mit den serv. praed. rust. und die serv. habendi und prohibendi mit den serv. praediorum urbanorum zusammen.

**) In Ansehung des Bedürfnisses wird eine bedeutende Verschiedenheit zwischen den praediis urbanis und rusticis bemerkbar, indem Gebäude (praed. urbana) eine ganz andere Bestimmung, mithin auch andere Bedürfnisse haben, als gebäudelose Grundstücke (praed. rustica). Wenn aber in dem herr-

subjects beschränktes Recht ist, auch nicht zum Besten Dritter ausgeübt werden, l. 24. D. 8. 3., und eben so wenig ohne das Gut veräußert werden kann; dahingegen auch ipso jure mit dem Gut auf jeden nachfolgenden Besitzer übergeht, ohne daß es einer besondern Erwähnung bedarf, l. 47. D. 18. 1., und eben so bei der Verpfändung des praedii von selbst dessen Servitutrechte als mitverpfändet angenommen werden, l. 16. D. 8. 1. — l. 1. § 5. D. 43. 25.

b) ein untheilbares und unübertragbares Recht ist, *) woraus der Grundsatz fließt: servitus servitutis esse non potest, l. 1. D. 33. 2., welcher eine theilweise, sowie eine völlige Uebertragung der Servitut auf einen Andern gänzlich ausschließt, l. 33. § 1. D. 8. 3. — l. 1. D. 33. 3. Mit diesem Grundsatze hängt, nach dem wahrscheinlichsten unter vielen Erklärungsversuchen, auch die Bestimmung der l. 15. § ult. l. 16. D. 7. 1. zusammen; proprietatis dominus ne quidem consentiente usufructuario servitutem imponere potest — nisi qua deterior fructuario conditio non fiat. Wenn

---

schenden Gut Beides zusammentrifft, so ist — wie Puchta im Cursus d. Instit. Bd. II. § 223. S. 494. u. § 253. S. 753. bezüglich der l. 198. D. 50. 16. u. l. 4. § 1. D. 20. 2. lehrt — diejenige Eigenschaft, auf welche sich der dem Bedürfniß des herrschenden Guts entsprechende Inhalt der Servitut allein oder vornehmlich bezieht, in das Auge zu fassen.

*) Zwar behauptet Schrader in den civilist. Abh. S. 321. bezüglich l. 33. § 1. D. 8. 3., daß nach neuerem Recht, wenn der Eigenthümer des dienenden Grundstücks einwilligt, nichts entgegenstehe, wenn der herrschende auf sein Servitutrecht einem Andern eine Dienstbarkeit bestellen will, und zwar nicht nur in der Eigenschaft eines persönlichen, sondern sogar eines dinglichen Rechts. Diese Meinung ist aber der herrschenden Lehre entgegen, und, wie v. Vangerow in seiner Widerlegung des aus der l. 33. § 1. cit. gezogenen Arguments bemerkt, wäre die Bestellung einer Afterservitut mit dem charakteristischen Merkmal der Servituten, daß sie nämlich den ausschließlichen Vortheil des berechtigten Subjects — sei dieses nun eine Person oder Sache — bezwecken soll, unvereinbar. — Ueber das Princip der Untheilbarkeit s. l. 8. § 1. l. 11. l. 17. D. 8. 1. — l. 32. D. 8. 3. — l. 3. l. 7. D. 33. 3. — l. 14. § 1. D. 34. 4. — l. 1. § 9. l. 7. l. 80. § 1. D. 35. 2. — l. 72. pr. D. 35. 1. — l. 13. § 1. D. 46. 14. — Uhland (Pr. Gmelin) D. de servitutum natura dividua et individua. Tub. 1810., Schrader civilist. Abh. S. 284., Rubo über Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen S. 39. u. 122.

nämlich eine Servitut ein nicht übertragbares Recht ist (cedendo extraneo nihil agitur, § 3. J. 2. 4.)*), so können, wenn von Bestellung einer den bereits bestehenden Usufruct beschränkenden Servitut die Frage ist, Beide, nämlich Proprietar und Usufructuar, zusammen nicht bewirken, was Keiner von Beiden rechtlich vermag; der Proprietar nicht, weil er über den von seinem Eigenthum losgerissenen ususfructus nicht mehr disponiren kann, und der Usufructuar eben so wenig, weil er die Servitut nicht an einen Andern abtreten kann. Er müßte also seine Servitut erst an den Proprietar abtreten, cf. Glück P. C. Bd. IX. S. 42—60.

6) daß nur der Eigenthümer eine Servitut bestellen könne; wer aber nur ein temporäres Eigenthum hat, zwar während er Eigenthümer ist, demselben eine Servitut erwerben, l. 11. § 1. D. 8. 6., aber ihm keine Dienstbarkeit zum Nachtheil Desjenigen, an welchen nach ihm das Eigenthum fällt, auflegen könne, s. Glück P. C. Bd. IX. S. 39.

7) daß die Wirkung der Servitut immer in einer Unfreiheit des dem Andern zustehenden Eigenthums bestehen muß, mithin die Servitut auf Seite des Eigenthümers immer entweder ein Unterlassen (non facere, negative Servitut), oder ein Leiden (serv. in-patiendo, auch affirmative oder positive Servitut genannt), dieses aber in dem Umfange mit sich bringt, daß der Eigenthümer der dienenden Sache dem Servitutberechtigten Alles einräumen und gestatten muß, was zur zweckmäßigen Ausübung der Servitut nothwendig ist, wenn es auch nicht den eigentlichen Gegenstand derselben ausmacht, l. 10. l. 20. § 1. D. 8. 2. — l. 3. § 3. D. 8. 3. — l. 11. D. 8. 4. — l. 3. § 16. l. 4. pr. D. 43. 19., nie aber ein facere **) bewirkt.

---

*) Theilbar ist zwar die serv. ususfruct. und macht in dieser Beziehung eine Ausnahme von der Regel aller übrigen Servituten, s. Glück P. C. Bd. IX. S. 35., sie ist aber nichtsdestoweniger nicht von der Regel der Unübertragbarkeit ausgenommen, l. 2. l. 17. D. 8. 1. — l. 11. l. 34. pr. D. 8. 3. — l. 6. § 1. u. 3. l. 18. D. 8. 4.

**) Die Meinung Einiger, welche dieser Eigenschaft den Charakter der Eigenschaft der Allgemeinheit absprechen wollen, s. Goldschmidt im civilist. Archiv Bd. I. S. 386., Hufeland Geist des R. R. Thl. II. S. 98., Abegg de servitutibus in faciendo ex jure Romano. Regiom. 1827.,

8) daß die Servitut in Ansehung der möglichen Art ihrer Ausübung serv. continua seyn kann, wenn ihre Ausübung fortwährend möglich ist, oder ihr sogar continua possessio zum Grunde liegt; discontinua, wenn deren Ausübung nur in Zwischenräumen möglich ist, — ferner qualificata, wenn die Servitut mittelst eines opus manufactum, oder simplex, wenn sie ohne ein solches ausgeübt werden kann.
9) daß das Recht der Servitut sich immer auch auf die adminicula serv. erstreckt, l. 3. § 3. D. 8. 3. — l. 11. D. 8. 4. — l. 1. § 1. l. 3. § 10. D. 43. 21. — l. 3. § 12. l. 4. pr. § 1. D. 43. 19., wobei jedoch ein Unterschied zwischen einer durch ein Geschäft unter Lebenden oder letztwillig constituirten Servitut stattfindet, l. 1. § 1. 2. D. 7. 6. — l. 3. § 6. D. 34. 4., vergl. Rechtslex. Bd. X. S. 222.

An diese Grundprincipien knüpfen sich folgende Fragen:

1) Wenn eine Servitut nicht anders rechtlich besteht, als in so fern sie dem Berechtigten einen Vortheil gewährt, so fragt es sich, in welchem Umfange der Begriff von Vortheil zu nehmen sey; ob er objectiv auch bloßes Vergnügen in sich fasse, und ob auf subjective Bedürfnisse und Neigungen eines zeitigen Besitzers des Servitutrechts Rücksicht zu nehmen sey?

---

findet sich widerlegt in v. Vangerow Pand. Bd. I. § 113. not. 1, und § 338. not. 1. u. 2., wo derselbe gerade in diesem Punkte den unterscheidenden Charakter zwischen Obligationen und jura in re findet, daß das Handeln bei Letzteren immer nur auf Seite des Realberechtigten seyn kann. Jedes dingliche Recht — sagt unser Autor — besteht wesentlich in der Activitätsbefugniß des Berechtigten in Betreff bestimmter Sachen, so daß der Berechtigte unmittelbar selbst Handlungen vorzunehmen befugt ist, während das Charakteristische der obligatio umgewandt darin liegt, daß der Berechtigte vom Andern eine Handlung verlangen kann. Sehr einleuchtend erklärt G. F. Puchta im Cursus der Institutionen Bd. II. S. 741.: „daß es keine servitutes in faciendo geben könne, folgt aus ihrer Eigenschaft als Rechte an Sachen, vermöge deren ihr Inhalt nie über das, was die Sache selbst gewährt, hinausgehen kann. Die Sache leistet, was den Inhalt der Servitut ausmacht, die Function des Eigenthümers kann nur seyn, jene Leistung nicht zu hindern.“ Der vorhin angedeutete Unterschied zwischen obligationes und jura in re ist besonders hervorgehoben in l. 3. pr. D. 44. 7. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. Vergl. § 3. not.*

2) Was ist unter dem Princip: omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, s. l. 28. D. 8. 2., zu verstehen?
3) Wie bestimmen sich bei Realservituten, besonders den nutzbaren, die Gränzen der Ausübung qualitativ und quantitativ, nach dem Princip, daß eigentlich das herrschende Gut das Rechtssubject vorstellt? insbesondere in Collisionsfällen zwischen dem Eigenthümer und dem Servitutberechtigten?
4) Wenn eine Servitut ein unübertragbares Recht ist, kann nicht doch der Vortheil derselben einem Andern überlassen werden?
5) Welche Wirkung hat das Princip der Untheilbarkeit auf Entfernung des Verlustes der Servitut durch theilweisen Nichtgebrauch derselben? Desgleichen
6) in Ansehung eines blos von einem Miteigenthümer derselben erlangten Judicats?
7) In so fern eine Servitut ein untheilbares Recht ist, daher theilweise weder erworben noch verloren werden kann, s. l. 11. D. 8. 1., fragt es sich
   a) ob einem Dritten eine Servitut auf einer gemeinschaftlichen Sache durch Vertrag oder letztwillige Bestimmung erworben werden könne, ohne daß zugleich sämmtliche Miteigenthümer ihre Einwilligung ertheilt haben?
   b) ob Jemand für sein Eigenthum eine Dienstbarkeit auf einem ihm mit dem Andern gemeinschaftlichen Grundstück erwerben könne?
   c) ob Jemand für eine gemeinschaftliche Sache auf einer dem andern Miteigenthümer allein zustehenden Sache eine Servitut erwerben könne?
   d) ob mir die durch non-usus verloren gehende Servitut durch den im Miteigenthum dieses Rechts stehenden Pupillen, gegen welchen bekanntlich keine Verjährung läuft, conservirt wird?
8) Wird die Servitut nicht wenigstens dann getheilt, wenn das praedium getheilt wird?
9) Welchen Einfluß hat das Princip der Untheilbarkeit auf das Klagrecht, wenn Jemand, der sich eine Dienstbarkeit hat versprechen lassen, mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt,

oder wenn Der, welcher eine Dienstbarkeit versprochen hat, mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt?

10) Welche Folgen treten aus dem Princip der Untheilbarkeit einer Servitut in Beziehung auf den Verlust derselben hervor, wenn z. B. der ausschließende Eigenthümer eines Grundstücks sich für dasselbe eine Servitut stipulirt hat, vor deren wirklicher Bestellung aber einen Theil seines Grundstücks veräußert hat?

10a) Wenn die mir auf einem mehreren Miteigenthümern gehörigen Gut zustehende Servitut gestört worden ist, steht mir die Entschädigungsklage gegen Jeden in solidum oder nur pro rata zu?

10b) Geht die Servitut durch Confusion allemal unter?

11) Da nur der Eigenthümer eine Servitut oder Beschränkung seines Eigenthums, und der temporäre oder widerrufliche Eigenthümer nur auf die Dauer seines Eigenthums eine solche constituiren kann, so fragt sich insbesondere, ob ein emphyteuta eine Servitut auf dem praedio emphyteutico gültig constituiren könne?

12) Indem gelehrt wird, eine Servitut könne immer nur ein Leiden oder Unterlassen, nicht aber ein Thun zur Wirkung haben, fragt sich, ob hiervon keine Ausnahme denkbar sey?

13) Erstreckt sich die Servitut auch auf angeschwemmtes Land (Alluvionen) oder auf eine dem dienenden Gut zugewachsene Insel?

14) Wenn ich eine Weggerechtigkeit auf dem Gute des A. erworben habe, von derselben aber nur dadurch Gebrauch machen kann, daß ich zugleich über ein servitutfreies Grundstück desselben A. gehe oder fahre, ist der A. auch dieses zu dulden schuldig?

15) Wenn der Servitutberechtigte Baumaterialien zu erforderlichen Reparaturen an Ort und Stelle zu schaffen hat, kann sich der serviens dagegen beschweren, wenn Jener dazu auch einen solchen Ort braucht, welcher nicht dienstbar ist?

Zu 1) Daß selbst amoenitatis causa eine Servitut rechtlich bestellt werden könne, geht aus mehreren Beispielen besonders der serv. ne prospectui officiatur unzweifelhaft hervor, Seuffert Beiträge zur Gesetzgebung S. 103., Thibaut Versuche Bd. I. no. 1., vergl. l. 1. § 11.

l. 3. pr. D. 43. 20. — l. 3. 15. 16. D. 8. 2. — l. 8. § 1. D. 8. 5. — Es kann daher nur in einer besondern Bedeutung genommen werden, wenn Walch in Introduct. in controv. jur. civ. Sect. II. Cap. 3. § 2. sagt: Voluptatis causa servitus solum constitui nequit. — Man wird sich nämlich, wenn man das Gegentheil behauptet, nur eine solche Annehmlichkeit denken dürfen, welche den reellen Werth des Guts nach den gemeinen Begriffen erhöhet. *) Daß aber eine Servitut, ohne allen Vortheil, als wahres Recht geltend gemacht werden könne, möchte wohl Niemand für denkbar ansehen, da es ein Cardinalsatz ist: kein Recht ohne ein vernünftiges Interesse; — neque malitiis hominum indulgendum est, l. 5. § 4. D. 2. 7. — l. 136. § 1. D. 45. 1., welchen man auch in der Servitutenlehre sogar ausdrücklich bestätigt findet, l. 15. pr. D. 8. 1., quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti, ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas etc. und l. 8. pr. D. 8. 1. Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. Gleichwohl macht folgende Gesetzstelle Schwierigkeit: l. 19. D. 8. 1. ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, *et si non utilis sit*, posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt. Thibaut in d. civilist. Abh. no. 3. S. 45. fg. folgert daraus eine Ausnahme für die reservirte Servitut. Es sey nämlich etwas ganz Anderes, wenn es sich von dem Aufgeben eines bereits gehabten, wenn gleich nutzlos gewordenen Rechts, oder von Erwerbung einer ganz nutzlosen Befugniß handle. Was ich einmal habe, aufzugeben, könne mich der Staat nicht zwingen, und kein Richter könne erworbene Rechte aufheben, wohl aber könne der Staat verordnen, daß man seine Richter nicht dazu mißbrauchen solle, Albernheiten zu befördern, daß man also nicht auf Erlangung eines Rechts klagen könne, welches als solches für vernünftige Bürger ohne Bedeutung ist. — Vorzüglicher scheint indessen diejenige Erklärung der Glosse, welcher Cujacius (Op. T. IV. pag. 895.), neuerlich auch v. Vangerow in den Pandecten Bd. I. § 338. not. 1. no. 4. und § 340. in not. beistimmt, und welche, wie Thibaut l. c. selbst

*) Eine singuläre Meinung in Schrader's civilist. Abhandl. Abthl. II. S. 349. geht dahin: alle Vergnügens-Dienstbarkeiten seyen zulässig, ausgenommen solche, vermöge welcher man sich auf einem nicht ganz abgeschiedenen Raume des Nachbars aufhalten müsse.

gesteht, den meisten Beifall unter den Rechtsgelehrten gefunden hat (s. auch Glück P. C. Bd. IX. S. 13.): man müsse die l. 19. cit. nicht von einer ganz nutzlosen Servitut verstehen, sondern von einer solchen, welche zwar im Ganzen interessant sey, aber nur zufällig für den Veräußerer der Sache keinen Werth habe, weil gerade er aus individuellen Gründen keinen Nutzen daraus ziehen könne. *)

Auf die Subjectivität des Servitutberechtigten darf überhaupt, wenn man consequent bleiben will, bei den Realdienstbarkeiten gar keine Rücksicht genommen werden; weder auf seine Launen und Singularitäten, z. B. ut pomum decerpere liceat etc. s. l. 8. pr. D. 8. 1., noch auf wirklichen, jedoch nur in zufälliger Subjectivität eines zeitigen Besitzers begründeten Vortheil, z. B. wegen eines besondern Gewerbes desselben, s. v. Vangerow l. c. Bd. I. § 340. not. 1. S. 638., vorausgesetzt nämlich, daß es nicht ein reales oder radicirtes Gewerb ist. Eine Realservitut kann nur zu dem Zweck constituirt werden, um dem herrschenden Gut einen Vortheil zu gewähren, und wenn noch mehr verlangt wird, so muß durch Abschließung von Obligationen oder durch Constituirung von Personalservituten geholfen werden; vergl. l. 6. pr. D. 8. 3. —

Zu 2) Dieser Lehrsatz entspringt zunächst aus der Betrachtung, daß bei Realservituten nicht Personen, sondern Sachen in gegenseitiges Verhältniß gesetzt werden. Soll eine Sache dienstbar seyn, so muß ihr auch eine nachhaltige Fähigkeit dazu inwohnen. Sie muß aber auch, weil nur die Sache und keine Person dienstbar ist, für sich selbst dasjenige leisten, wozu die Dienstbarkeit bestellt ist. Beispiele gibt in ersterer Hinsicht l. 28. D. 8. 2. — l. 1. § 5. D. 43. 20. — l. un. § 4. D. 43. 22., indem serv. aquaeductus und aquaehaustus nicht aus einem lacus, stagnum oder einer Cisterne, sondern nur ex aqua viva et perenni — wofür auch das Regenwasser gilt **) — constituirt werden kann; s. auch l. 23. § 1. D. 8. 3. si lacus perpetuus etc. In der zweiten Rücksicht findet man gewöhnlich die naturalis causa in Gegensatz mit dem, was durch eine fortgesetzte persönliche Thätigkeit hervorgebracht und gefördert werden müßte, was sich außerdem schon mit dem

*) Verschiedene Erklärungsversuche der l. 19. cit. s. Gaedke D. an et quo sensu servitus non utilis imponi possit. Sect. III. pag. 20. — Zachariä wissenschaftliche Entwickelung der Lehre d. R. R. von den dinglichen Servituten, in Hugo's civil. Magazin Bd. II. no. 15., Hufeland Handb. Th. II. S. 88., Goldschmidt in v. Löhr's Magazin Bd. III. S. 480., Schrader civilist. Abh. no. V.

**) l. 28. D. 8. 2. at quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex *naturali tamen causa* fit; et ideo perpetuo fieri existimatur.

Grundprincip: serv. in faciendo consistere nequit, nicht vereinbaren ließe, s. l. 28. D. 8. 2. neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit. — Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.*)

In Ansehung der aqua viva als Erforderniß bei der serv. aquaeductus und aquaehaustus finden sich übrigens in späteren Gesetzen Milderungen des früheren stricten Grundsatzes: Servitus aquae ducendae vel hauriendae nisi *ex capite* vel ex fronte constitui non potest; es heißt nämlich in l. 9. D. 8. 3.: „hodie tamen ex quocunque loco constitui potest," und in l. 2. D. 8. 4. wird auch die mittelbare Gewinnung des Wassers durch künstliche Vorrichtung zugelassen. Damit ist aber das Requisit einer aqua perennis, s. l. 1. § 5—7. D. 43. 20. und somit einer causa perpetua nicht, wie Manche dafür halten, — insbesondere Thibaut System § 752. (Ed. 8.), Westphal de lib. et servit. praed. § 551. not. 497., Münter von Servituten Th. I. § 11. — aufgehoben, s. Glück P. C. Bd. X. S. 50. § 663., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 340. no. 3. lit. b. Vergl. übrigens Schrader civil. Abh. no. V. § 6. S. 312.

Zu 3) Die Servitut darf nur für das bestimmte praedium, welchem sie constituirt ist, ausgeübt, mithin nicht auf ein zuerkauftes angränzendes Grundstück erstreckt werden, und ihre Ausübung darf auch nicht die Gränzen des Bedürfnisses dieses bestimmten Grundstücks überschreiten. Ulpian drückt dieses deutlich aus in l. 5. § 1. D. 8. 3. Servitutem constitui non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit. Der Begriff von Bedürfniß ist hier jedoch nach l. 6. eod. im weiteren Sinne genommen: si praediorum meliorem causam faciant, non est dubitandum, quin servitus sit. Gegen den Grundsatz, daß die Servitut absolut auf das bestimmte Grundstück, für welches sie constituirt ist, eingeschränkt bleiben müsse, wird zwar von Einigen die l. 33. § 1. D. 8. 3. und insbesondere l. 1. § 16. D. 43. 20., s. Noodt Probabil. L. I. cap. 2. u. 3., aber wohl mit Unrecht angeführt, wie Thibaut in s. Versuchen Th. I. S. 12 rc. und besonders v. Vangerow l. c. § 340. no. 1. beweist. Es heißt in letzterem Gesetz: „Der zur Wasserleitung auf ein gewisses Gut Berechtigte könne das abfließende Wasser auf einen angränzenden Acker, den er zuerkauft, leiten, sofern dadurch demjenigen, von welchem er das Wasser ableitet, kein

*) Die verschiedenen Erklärungsarten des in dieser Gesetzesstelle gegebenen Beispiels s. Glück P. C. Bd. X. S. 39., Schrader civilist. Abhandl. no. V. § 6., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 340. no. 3. lit. a.



Schade geschieht." Man braucht hier nicht etwa in dem bekannten Grundsatz der Billigkeit: quod tibi non nocet etc. den Grund zu einer Ausnahme zu suchen; denn es ist — wie zuerst v. Vangerow bemerklich macht — in der That keine Ausnahme von der Regel hier zu finden. Daraus nämlich, daß ich das Wasser, das nach Bewässerung meines berechtigten Grundstücks überfließt, auf ein angränzendes Stück ablaufen lassen darf, soweit daraus dem dienenden Grundstück kein Nachtheil dadurch zugeht, folgt nicht, daß ich rücksichtlich des angränzenden Grundstücks eine größere Wassermasse beziehen darf, und nur dies wäre ja eine Ueberschreitung der Servitut, und dem dienstbaren Grundstück nachtheilig, ist daher auch, anstatt erlaubt zu seyn, vielmehr im gesetzlichen Verbot begriffen. Auch die l. 33. § 1. D. 8 3. sagt deutlich, daß eine dergleichen Ausdehnung nur pacto vel stipulatione intervenientibus concedirt werden, mithin nur ein obligatorischer Anspruch erwachsen könne. In der l. 24. D. 8. 3. ist zwar gesagt: ex meo aquaeductu Labeo scribit cuilibet posse me vicino commodare; aber es folgen darauf die Worte: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possim. *Proculi sententia verior est.* Wenn nun auch die oben angeführte l. 1. § 16. D. 43. 20. einen Widerspruch mit dem in l. 24. cit. gebilligten Princip enthielte, so würde man mit Thibaut l. c. und Glück P. C. Bd. X. S. 54 rc. annehmen müssen, daß die Meinung des Labeo blos historisch angeführt, aber, als vom Pomponius l. 24. cit. verworfen, nicht als Justinianeisches Recht gelten könne. — Quantitativ kann die Servitut nicht weiter, als das Bedürfniß des praedii dominantis geht, also nicht auf persönlichen unbeschränkten Anspruch ausgedehnt werden, in so weit aber muß im Concurrenzfall zwischen dem Eigenthümer und dem Servitutberechtigten (ein Fall, welcher sich bei den auf eigentliche Nutzungen gerichteten Realservituten häufig ereignet) der Erstere in der Regel dem Letzteren nachstehen. Mehreres hierüber s. bei der serv. lignandi, pascendi etc.

Innerhalb der Gränzen einer Prädialservitut liegt es dagegen, daß dem Inhaber derselben alles dasjenige zusteht, ohne welches die Servitut nicht ausgeübt werden kann. So kann z. B. sogar eine eigene Servitut als adminiculum in einer andern begriffen werden, z. B. iter als adminiculum der servitus aquaehaustus, s. Glück P. C. Bd. X. S. 62. no. 2. Der Eigenthümer des dienstbaren Guts darf nicht nur nichts vornehmen, was die Ausübung der Servitut hindern oder wodurch das Recht geschmälert würde, s. l. 20. § 3. u. 6. D. 8. 2. — l. 13. § 1. D. 8. 3. — l. 9. pr. D. 8. 5. — l. 11. pr. D. 39. 3. — l. 5.

C. 3. 34. und ohne Einwilligung des Berechtigten keinem Andern eine neue Servitut constituiren, durch welche die bereits bestehende geschmälert würde, l. 2. § 1. u. 2. l. 14. D. 8. 3. — l. 8. D. 39. 3. — l. 4. C. 3. 34., sondern er muß auch dem Eigenthümer des herrschenden Guts Alles gestatten, was sich als erforderliches Mittel zum Zweck verhält. Beispiele hievon s. l. 10. D. 8. 1. — l. 20. § 1. D. 8. 2. — l. 15. D. 8. 3. — l. 3. § 5. D. 43. 20. — l. 3. § 3. D. 8. 3. — Hiezu gehören auch erforderliche manufacta, Reparaturen und Zuführung der Baumaterialien zum Platz, wenn auch der Ort, wo dies geschieht, nicht dienstbar seyn sollte; l. 11. pr. § 1. D. 8. 4. — l. 3. § 12. l. 4. pr. D. 43. 19. — l. 4. u. 5. D. 8. 5. — Für einen natürlichen Schaden, welcher aus der rechtmäßigen Ausübung der Servitut, soweit es nämlich deren Natur nothwendig erfordert, zufällig entsteht, ist der Berechtigte nicht verantwortlich. l. 20. § 1. D. 8. 3., Glück l. c. Bd. X. S. 67.

Zu 4) Gleichwie die Servitut mit dem Grundstück von selbst auf jeden Besitzer übergeht, wenn auch derselben gar keine Erwähnung geschehen ist, l. 36. D. 8. 3, so kann sie auch von demselben nicht getrennt, und daher weder einseitig verpachtet, *) l. 44. D. 19. 2., noch von einem andern Gute ausgeübt werden, l. 24. D. 8. 3., Glück l. c. S. 52. Doch widerstreitet es dem Principe nicht, im Wege einer bloßen Personalobligation einem Andern den Genuß einer Servitut zu überlassen. l. 33. § 1. D. 8. 3. — l. 1. D. 33. 2. — l. 11. D. 8. 3. vergl. § 4. Zr. 2.

Zu 5) Der Besitz einer Servitut wird fortwährend erhalten, wenn sie auch nur zum Theil ausgeübt wird; qui partem itineris it, totum jus usurpat. l. 8. § 1. D. 8. 6. Sogar wird nach l. 2. D. 8. 6. das Recht des Fahrwegs demjenigen, welcher iter und actus hat, **) conservirt, wenn er sich gleich desselben nur zum Gehen bedient hat, denn — heißt es — wer den Fahrweg hat, kann sich desselben ohnedies als Fußsteigs bedienen. — So geht auch eine mehreren Berechtigten gemeinschaftlich zustehende Servitut nicht verloren, wenn nur Einer von ihnen sich derselben bedient hat. l. 5. D. 8. 6. Doch ist hier der in l. 16. D. 8. 6. aus Anlaß einer Wasserleitung beobachtete Unterschied bemerkenswerth. Wenn nämlich diese einem mehreren Eigenthümern gemeinschaftlichen Landgut zustand, so wird das Recht ihnen allen erhalten, wenn auch nur Einer davon Gebrauch gemacht hat; wenn aber das

*) Ein Anderes ist es bei einer Personalservitut, wie usus u. usufructus, l. 9. § 1. D. 19. 2.

**) Iter und actus heißt in der Gesetzessprache immer so viel, als via, s. Glück P. C. Bd. X. S. 161. not. 67.

Recht der Wasserleitung aus einem benachbarten Landgut Mehreren zustand, von welchen es Anfangs durch einen gemeinschaftlichen Bach, dann aber von den unterhalb gelegenen durch eines Jeden eigenen Bach geleitet wurde, und Einer hatte dies die zum Verlust einer Dienstbarkeit bestimmte Verjährungszeit hindurch unterlassen, so wird sein Recht als ein eigenes angesehen, mithin durch den Andern nicht erhalten. Zufolge des Princips der Untheilbarkeit der Servitut kann auch eine theilweise ademtio legatae servitutis keine Wirkung haben. l. 11. D. 8. 1. Es folgt daraus aber auch

Zu 6) daß ein Judicat für und gegen den andern Miteigenthümer gleichfalls exceptionem rei judicatae hervorbringt. l. 4. § 3. u. 4. D. 8. 5. cf. l. 19. eod. — l. 1. § 5. D. 43. 27.

Zu 7a) Immer muß zwar die Einwilligung sämmtlicher Miteigenthümer nach l. 2. D. 8. 1. — l. 19. l. 28. l. 34. D. 8. 3. vorhanden und auf das Genaueste bestimmt seyn, wie aus l. 28. D. 8. 3. unzweifelhaft hervorgeht: itinere ad praedium commune duorum legato, *nisi uterque de loco itineris consentiat*, servitus neque acquiritur neque deperit; doch ist es nicht immer absolut erforderlich, daß die Einwilligung der Mehreren gleichzeitig erfolge. Bei einer unter Lebenden constituirten Servitut genügt nämlich die spätere Zustimmung des andern condomini zur Bekräftigung der früheren, hat aber nur die eingeschränktere Wirkung ex nunc, nicht ex tunc. Da also die frühere Einwilligung erst durch die später hinzugekommene und erst von diesem Moment an Wirksamkeit erlangt, so folgt, daß diese spätere Einwilligung des andern Miteigenthümers alsdann nichts mehr wirken kann, wenn der Eine seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache inzwischen verkauft hat. l. 11. D. 8. 3. — l. 18. D. 8. 4. — Glück P. R. Bd. IX. a. E., Zusätze und Verbesserungen zu S. 41. not. 11. Unbiegsamer äußert sich das Princip der gleichzeitigen und somit im stricten Sinn gemeinschaftlichen Constituirung einer Servitut, wenn diese von den condominis durch ein Legat bestellt wird; denn da muß die Erbschaft sämmtlicher Miteigenthümer ganz gleichzeitig angetreten seyn. Nec enim sicuti viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est. l. 18. D. 8. 4. Auch bei Constituirung einer Servitut von Seite lebender Eigenthümer gilt übrigens, was die einseitige Einwilligung betrifft, auch der oben vorgetragene Grundsatz, daß, wenn gleich das Servitutrecht unübertragbar und untheilbar *) ist, doch der einseitige Con-

*) Das Princip der Untheilbarkeit der Realservituten, welches nicht nur von der Bestellung einer Servitut, sondern auch von dem darauf abzweckenden

cedent immerhin eine persönliche Verbindlichkeit gegen denjenigen, welchem er den Gebrauch seiner Servitut überlassen hat, nicht von sich abwehren kann; l. 11. D. 8. 1.

Zu 7b u. c) lehrt zwar Glück im P. C. Bd. IX. S. 7., an einer gemeinschaftlichen Sache lasse sich in so fern allerdings eine Servitut erwerben, als der eine Theilhaber dem andern ein besonderes Recht an der gemeinschaftlichen Sache einräumt, welches er sonst vermöge der Gemeinschaft nicht gehabt hätte, und bezieht sich deshalb auf l. 10. D. 7. 9. und Westphal de lib. et serv. praed. § 536.; allein die bemerkte Gesetzesstelle spricht ja blos von der serv. ususfructus, welche von den übrigen Servituten eben darin abweicht, daß der Ususfruct theilbarer Natur ist, l. 1. § 9. D. 35. 2. — l. 17. D. 6. 1. — l. 19. D. 7. 28. — l. 6. § 4. D. 8. 5. — sie ist daher offenbar auf Realservituten nicht anwendbar. Wenn Glück ferner l. c. behauptet, daß die eigene Sache des einen Miteigenthümers der gemeinschaftlichen, sowie die gemeinschaftliche Sache der eigenen dienstbar seyn könne,*) so wird

---

Vertrag, oder der Begründung einer obligatio ad constituendam servitutem gilt, l. 19. D. 8. 3. — l. 140. § 2. D. 45. 1. — l. 11. D. 8. 1. — l. 136. § 1. D. 45. 1., hat zwar, in so fern ihm allgemeine Gültigkeit beigelegt wird, Anfechtungen erlitten; s. Kori über die Theilbarkeit der Servituten in Elvers Themis Bd. I. S. 481., aber nach v. Vangerow's critischen Erörterungen in dessen Pandecten Bd. I. § 340. not. 2. scheinen dieselben gänzlich beseitigt, vielmehr der in dieser Lehre tief gewurzelte Grundsatz: per partes nec acquiri, nec imponi servitutes posse, l. 32. D. 8. 3. — l. 11. D. 8. 1. — fest zu stehen. Vergl. Schrader civil Abhandl. Bd. I. S. 291., Rubo über Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen S. 125., Donelli Comment. Lib. II. cap. 9.

*) Dieser Meinung ist das Spruchcollegium in Leipzig gefolgt. Der Fall war der, daß ein Gemeindenachbar 32 Jahre lang auf einem später durch die Gemeinde veräußerten Platz ein Weiderecht ausgeübt hatte. Die Entscheidungsgründe bezogen sich darauf, daß den Römern die Einrichtungen in unseren Dorfgemeinden unbekannt gewesen seyen, Benutzung des Gemeindelandes beruhe bei uns auf der Ortsverfassung; Thibaut System § 221., Runde d. Privatr. § 31. Obiges Princip könne nicht entgegen gehalten werden; Eichhorn d. Privatr. § 370., v. Langenn u. Kori Erörterungen Bd II. S. 14. Ed. 2. Das O. A. G. in Dresden modificirte den Ausspruch dahin: daß Jemand durch Verjährung eine Dienstbarkeit an einem Grundstück der Gemeinde, wozu er gehört, erwerben kann, wird nicht bezweifelt. Allein dieses erfordert solche Besitzacte, welche erkennen lassen, Jener habe in dem Glauben gestanden, ein Recht auszuüben, das den Charakter einer Dienstbarkeit an sich trägt. Dieser gute Glaube muß hier, um obigen Grundsatzes willen, besonders dargelegt werden, s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1851. S. 317., das. 1852. S. 374.

sich in den dafür angeführten Gesetzstellen l. 26. u. 27. D. 8. 2. auch wohl kein genügender Grund aufzeigen lassen. Man muß daher vielmehr mit v. Vangerow l. c. § 340. not. 2. lit. c., Schrader l. c. S. 291., Thibaut P. R. § 750 der letzten Ausgabe u. Gesterding Ausbeute ꝛc. Th. VI. Abth. I. S. 22. annehmen: Niemand kann für sein Eigenthum eine Dienstbarkeit auf eine mit einem Andern gemeinschaftliche Sache,*) oder für eine gemeinschaftliche Sache auf eine dem Miteigenthümer allein zustehende erwerben. l. 6. § 3. D. 8. 4. cf. l. 32. D. 8. 3. — l. 11. D. 8. 1. per partes nec acquiri nec imponi servitutes posse. Im umgekehrten Fall aber, wenn der Eigenthümer der herrschenden Sache Miteigenthümer der dienenden oder der Eigenthümer der dienenden Miteigenthümer der herrschenden wird, bleibt die Servitut bestehen. l. 27. D. 8. 3. Auch dies folgt, wie v. Vangerow l. c. gegen v. Schrader l. c. S. 302., welcher den Grund hievon blos in einer der spätern Gesetzgebung eigenen Milde zu finden glaubt, treffend bemerkt, vielmehr aus dem nämlichen Princip. Da nämlich hier ein Grund zum Aufhören der Servitut nur für einen Theil vorhanden ist, eine Erlöschung der Servitut per partem aber nicht stattfindet, so erlischt die Servitut gar nicht. Ferner: Von mehreren Miteigenthümern kann keiner allein das gemeinschaftliche Grundstück mit einer Dienstbarkeit belasten oder ihm eine solche erwerben, nicht so, daß es ganz berechtigt oder belastet werden soll — wie sich von selbst versteht, aber auch nicht so, daß das Recht oder die Last zum Theil gültig sey, weil dieses mit der Untheilbarkeit dieser Berechtigungen nicht bestehen könnte.

Vorherrschend ist endlich überall das Princip, daß weder für einen ideellen Theil noch an einem ideellen Theil eines praedii eine Servitut ausgeübt werden könne. l. 6. § 1. D. 8. 4.

Zu 7 d) Da bleibt mir die Servitut zufolge des ungeschwächten Rechts meines Miteigenthümers, gegen welchen keine Verjährung laufen kann.

---

*) Ob, wie Schrader l. c. S. 296. es glaublich findet, bei der serv. luminum eine Ausnahme hievon stattgefunden hat, indem l. 40. D. 8. 2. zu statuiren scheint, daß man eine solche Servitut, in eine gemeinschaftliche Wand Fenster zu machen, erwerben könne, hängt von verschiedenen Erklärungsarten dieser Gesetzstelle ab. Vergl. Griesinger de serv. lum. pag. 30. u. 285., Ruete die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern nach R. R. § 56. Das vermeintlich Anstößige gegen die Regel wird wohl am Besten durch v. Vangerow's Bemerkung, s. Pand. Bd. I. § 342. not. 1. no. 2., beseitigt, daß bei der gemeinschaftlichen Wand nicht an eine communio pro indiviso zu denken ist, sondern nur e regione cujusque finium utriusque est.



Zu 8) Eine eigentliche Theilung findet auch da nicht Statt, l. 23. § 3. D. 8. 3., aber die Servitut erlischt doch auch deshalb nicht, l. 140. § 2. D. 45. 1., vielmehr tritt eine gemeinschaftliche Ausübung durch Eintheilung nach Ort, Maß und Zeit ein, l. 23. § 3. l. 25. D. 8. 3. — l. 19. § 4. D. 10. 3., Westphal l. c. § 588. Per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non poterit.

Zu 9) Es kann im ersten Fall von jedem einzelnen Erben auf die ganze Dienstbarkeit (in solidum), mithin ohne Vervielfältigung derselben gedrungen, l. 17. D. 8. 1. — l. 2. § 1. u. 2. D. 45. 1. — und im zweiten Fall auf gleiche Weise jeder Einzelne auf die ganze Dienstbarkeit belangt werden, l. 17. cit., Kori in Elvers Themis Bd. I. S. 495.

Zu 10) Hier heißt es in den Gesetzen: corrumpit obligationem, in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. l. 11. D. 8. 1. Der Promissar kann also die Servitut nun gar nicht mehr fordern, s. Schrader l. c. S. 302. So wird auch die Servitut ungültig, wenn derjenige, welcher zwar zur Zeit der Constituirung der Servitut das praedium ganz besessen, in der Folge aber einen Theil aus einem damals schon vorhanden gewesenen Grund verliert, z. B. in Folge der addictio in diem oder der lex commissoria. l. 3. D. 33. 3. Besondere Fälle enthält l. 31. D. 8. 3. — l. 15. D. 8. 6.

Zu 10 a) Hier tritt das Obligationenrecht ein, und Jeder haftet mir nur pro parte für den Schaden, l. 4. § 3. D. 8. 5. — l. 17. D. 8. 1. — l. 25. § 9. D. 10. 2.

Zu 10 b) Der aus l. 31. D. 8. 3. u. l. 15. D. 8. 6. gefolgerte Satz: durch Confusion geht eine Servitut nicht unter, sie ruht nur und lebt wieder auf, sowie die Trennung wieder eintritt, würde mißverstanden werden, wenn man ihm, wie von einigen Rechtsgelehrten geschehen ist, s. die Citate in Glücks P. C. Bd. X. S. 261., eine allgemeine Bedeutung beilegen wollte. Die angeführten Gesetze beziehen sich auf einen eigenthümlich gestalteten Fall. Regel ist es vielmehr, daß die Servitut durch Confusion erlösche. Ausnahmsweise lebt sie wieder auf, wenn die Confusion durch eine blos temporäre Erwerbung entstanden, oder wenn die Erwerbung ungültig war, und deswegen wieder aufgehoben worden ist. Voet. Comm. Pand. lib. VIII. tit. VI § 3., Buchholz Versuche S. 178., v. Bülow Abhandl. Th. II. S. 109., Glück l. c. Die Servitut dauert auch dann fort, wenn sie für eine bestimmte Art von Ländereien erworben ist, z. B. für Weinberge, obgleich sie der Besitzer eingehen ließ; denn es wird angenommen, daß die Servitut dem fundus angehöre, und nicht dem, was darauf wächst, l. 13. D. 8. 3. Wenn

das Gebäude, von dem Traufe niederfällt, weggenommen wurde, um unter denselben Verhältnissen und in derselben Eigenschaft wieder aufgebaut zu werden, so wird utilitatis causa angenommen, daß es fortdauernd als dasselbe angesehen werde, l. 20. D. 8. 2. — Wenn durch zufällige Hindernisse ein Servitutrecht unwirksam geworden ist, so lebt die Servitut mit dem Wegfall des Hindernisses wieder auf. Z. B. A. hat die serv. non altius tollendi gegen das Gebäude des C. erworben. Diese ist ihm von Nutzen, so lange der B. sein dazwischen liegendes servitutfreies Haus nicht höher baut. Thut er dies aber, so ist die Möglichkeit aufgehoben, daß das Haus des C. dem A. die Hellung schmälere, mithin kann auch der C. eben so weit in die Höhe bauen. Wenn nun aber B. innerhalb der gesetzlichen Verjährungszeit sein Gebäude wieder erniedrigt, so lebt das Klagrecht des A. gegen den C. wieder auf, l. 5. 6. pr. D. 8. 5.

Bei Realservituten muß, wo mehrere Miteigenthümer vorhanden sind, die Confusion in Ansehung Aller eintreten, sonst bleibt die Dienstbarkeit bestehen. Sowie die Servitut nicht entstehen kann, wenn der Eigenthümer des einen Grundstücks Miteigenthümer des andern ist, so kann sie auch nicht untergehen, wenn der Eigenthümer des einen nachher Miteigenthümer des andern wird. Sie würde nur zum Theil aufhören, dies ist aber wegen der Untheilbarkeit der Servituten nicht möglich. Puchta Vorlesungen Bd. I. § 189 rc. S. 368., Schweppe röm. Privatr. Bd. II. § 307.

Dafür, daß zur Erwerbung einer Servitut Quasitradition nothwendig sey, hat auch der Gerichtshof in Tübingen entschieden, s. Hufnagel Mittheilungen, Neue Folge. H. I. S. 127.

Zu 11) Nach R. R. ist die Frage ohne Zweifel zu bejahen, weil nach § 3. J. 3. 25. dem emphyteuta selbst das Recht der Veräußerung zusteht, Glück P. C. Bd. VIII. S. 400. § 603., doch mit der Einschränkung, daß die Servitut aufhört, wenn das Gut an den dominus emphyt. zurückfällt. Resoluto enim jure dantis, resolvitur etiam jus accipientis. Nach deutschem Erbzinsrecht aber, welches jede Veräußerung an den Consens des domini directi bedingt, würde gewöhnlich die Frage verneint werden müssen, und es erscheinen dann solchartige Concessionen, welche ein Erbzinsmann einem Andern auf dem Erbzinsgut gibt, nur als Personalobligationen, wie Beck de jure emphyteut. cap. IX. § 22. bemerkt.

Zu 12) Dies kann nur in Folge einer besondern Uebereinkunft geschehen, wie z. B. wenn der Eigenthümer des Grundstücks den Weg, welchen er dem Nachbar darüber einräumt, fortwährend in gutem Stand zu erhalten sich verpflichtet. Aber dies gewährt keine in rem actio aus

der Servitut, sondern nur eine persönliche Klage aus der Obligation, welche denn wohl auch gegen Alle, die in die Obligationen des Promittenten succediren, l. 1. D. 33. 2. — aber nicht auch gegen Jeden, welcher der Servitutenklage unterworfen ist, stattfindet; G. F. Puchta Cursus d. Institt. Bd. II. S. 742., vergl. die Note*) zu Frage 7. Ueber die vermeintlichen Ausnahmen bei der serv. oneris ferendi s. folgender § 3. not.*), desgl. wegen der Grabenreinigung bei Wasserleitungen, s. oben Kap. II. § 2. Abschn. 1. Fr. 6.

Zu 13) Dieser vorzüglich bei Wasserbenutzung vorkommende Fall ist in den Gesetzen dahin entschieden, daß auch die Anschwemmungen der Servitut unterworfen sind, nicht aber die Insel, weil sie ein eigenes Grundstück ausmacht; l. 9 § 4. D. 7. 1.

Zu 14) Die bejahende Antwort folgt aus dem Grundsatz, daß der Eigenthümer des dienenden Guts mit der Servitut der Verbindlichkeit unterworfen ist, mir alles das zu gestatten, ohne welches ich die Servitut nicht ausüben könnte, l. 3. § 3. D. 8. 3. — l. 10. D. 8. 2. — l. 7. § 1. D. 8. 4. So ist iter auch ein adminiculum servitutis aquaehaustus. Mehrere Beispiele finden sich in l. 10. D. 8. 1. — l. 20. § 1. D. 8. 2. — l. 15. D. 8. 3., Glück P. C. Bd. X. S. 62. ꝛc.

Zu 15) Bedürfenden Falls muß er auch solche Plätze einräumen; dies liegt nämlich gleichfalls in seiner Verbindlichkeit, die adminicula servitutis zu prästiren, l. 11. pr. § 1. D. 8. 4. — l. 4. pr. D. 43. 19., für welche dem Servitutberechtigten auch die act. confessoria gegeben ist; l. 4. § 5. D. 8. 5. — l. 3. § 12. D. 43. 19.

Entstehungsarten der Servituten.

Eine Servitut kann bekanntlich ihre rechtliche Entstehung erlangen

A) indem die Gesetze selbst sie auflegen, wie z. B. in Ansehung des usuefructus zum Besten des Vaters an den Adventitien seiner Kinder, oder des überlebenden Ehegatten, und in den verschiedenen Fällen des statutarischen Nießbrauchs; oder

B) indem die Gesetze eine Servitut als rechtliche Folge eines natürlichen Zustandes erklären (ubi res naturaliter servit), wie z. B. in Ansehung des natürlichen Abflusses des Wassers

vom höheren auf das niedriger gelegene Grundstück, l. 1. § 23. D. 39. 3.*) oder

C) indem sie den Richter zur Constituirung einer Servitut in gewissen Fällen ermächtigen.

Außer diesen Fällen der serv. legalis (A u. B) oder serv. necessaria (C) kann eine Servitut aber auch

D) durch Willenshandlungen unter Lebenden, sowie auf den Todesfall, und endlich durch Ersitzung begründet werden.

Bei diesen verschiedenen Entstehungsarten fragt es sich nun:

1) Kann auch der Quasi-ususfructus durch eine Handlung unter Lebenden bestellt werden?

2) Was ist Rechtens, wenn ein Testirer Jemandem den Ususfruct an einer fremden Sache constituirt hat? Bekanntlich gilt nämlich das Vermächtniß einer nicht im Eigenthum des Testirers befindlichen Sache nur dann nicht, wenn derselbe nur aus Unwissenheit oder Irrthum etwas vermacht hat, was nicht sein war; hat er aber gewußt, daß ihm die Sache nicht gehöre, so muß der Erbe, wenn er sie vom wahren Eigenthümer nicht bekommen kann, eine andere Sache von gleicher Qualität und Quantität anschaffen, und so das Legat ausrichten; l. 11. § 17. D. de leg. III. (32.) — l. 5. pr. D. 7. 5. — Nun kann der Fall eintreten, daß der Erbe die vom Testirer unwissentlich, daß es eine fremde Sache sey, legirte verzehrbare Sache dem Legatar ausgeliefert und dieser sie verzehrt hat, es fragt sich dann, ob der Quasi-ususfructus dadurch rechtsbeständig werde oder nicht?

3) In welchen Fällen ist der Richter zur Constituirung einer nothwendigen Servitut gesetzlich ermächtiget?

4) Wird eine Servitut durch bloßen Vertrag, und ohne daß es gerichtlicher Bestätigung bedürfte, erworben, oder muß auch bei ihr, wie zur Erwerbung des Eigenthums, ein Traditionsact (quasitraditio) hinzukommen, um ein mehr als blos obligatorisches Recht zu begründen?

---

*) Die gesetzliche Nothwendigkeit, zufolge deren das niedriger gelegene Grundstück das von dem höher liegenden abfließende Wasser aufnehmen muß, wird zwar gewöhnlich als eine natürliche Servitut bezeichnet, dieses servire ist aber nur etwas servitutähnliches, und nicht eigentlich als eine Servitut im juristischen Sinn zu verstehen, die mit possessorium u. petitorium versehen wäre, s. Brinz in den Blättern f. R. A. von Seuffert u. Glück Bd. XV. S. 202.

5) In welchen Fällen kann eine Servitut auch als stillschweigend eingeräumt betrachtet werden?
6) Können Servituten auf eine gewisse Zeit oder unter einer Bedingung constituirt werden? und was ist die rechtliche Folge, wenn sie auf solche Art bestellt worden sind?
7) Wenn eine Servitut ohne nähere Bestimmung, ob dieselbe für einen oder an einem bestimmten Theil des praedii oder für das ganze und an dem ganzen praedium gelten solle, constituirt worden ist, wie sind da die Gränzen der Berechtigung und Verpflichtung zu bestimmen?

Ersitzung der Servituten.

Durch die Analogie der longi temporis praescriptio beim Eigenthum ist die ihrer eigenen Natur nach hiervon abweichende Ersitzungsart der Servituten in mancherlei Zweifel und Controversen verwickelt worden. Daß Besitz als nothwendige Bedingung jeder erwerbenden Verjährung auch zur Ersitzung eines Servitutenrechts erfordert werde, ist wohl unbestritten, sowie daß der Besitz hier nur vel quasi vor sich gehen könne, nämlich an negativen Servituten durch Prohibition einer Handlung, welche außerdem in der natürlichen Dispositionsfreiheit des Eigenthümers über sein Gut läge, und dessen Beruhigung dabei; an affirmativen Servituten aber durch die Ausübung derselben **in der Absicht eines Rechts** *) und ohne Widerspruch des dienenden, **) l. 1. § 6. u.

*) L. 7. D. 43. 19. — l. 25. D. 8. 6. Wie soll aber der Kläger den animus juris beweisen? **Gensler** im civilistischen Archiv Bd. IV. S. 83. sagt: das positive factum spreche den Willen, besitzen zu wollen, hinreichend aus, wogegen **Busch** l. c. Bd. XXXI. S. 251. bemerkt, daß es ja erst eine Fräge sey, ob ein factum geradezu für ein factum possessionis zu nehmen sey, aber doch zugesteht, daß in der häufigen und vieljährigen Ausübung sich der Charakter einer Gewohnheit und folglich eines Rechts auspräge; l. 1. C. 3. 34. — longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere. **Hoffmann** in seinen und **Fuhr's** civilist. Versuchen S. 7. folgert denselben aus der Abwesenheit des vi, clam, precario. Ohne Zweifel kann und muß der Beweis durch Schlußfolgerungen geführt werden, wie auch **Busch** zugesteht; denn eine Eideszuschiebung, wie er l. c. S. 253. meint, ist schwerlich anwendbar.

) Auch bei den deutschen dinglichen Rechten auf Leistungen aus einem Grundstück findet der Grundsatz der affirmativen Servituten analoge Anwendung, daß sie nach einmaliger Ausübung durch Empfangnahme der Leistung als jura in re gegen den dritten Besitzer des verpflichteten Grundstücks geltend gemacht werden können, s. v. **Hartitzsch Entscheid. no. 373. S. 378.

7. l. 3. § 4. l. 7. D. 43. 19. — l. 25. D. 8. 6. — l. 6. § 1. D. 8. 5. — Man ist wohl darüber einverstanden, daß das nec vi, nec clam, nec precario dasjenige in sich faßt, was dem Erforderniß der nach canonischem Recht nicht nur im Anfang, sondern auch im Fortgang des Besitzes nöthigen bona fides entspricht, und ungeachtet früherer Dissentienten (s. d. in Glück's P. C. Bd. IX. S. 140. not. 84. angeführten Schriftsteller), welchen unter den neueren v. Seckendorf im civil. Archiv Bd. IV. S. 89. gefolgt ist, wird nun auch insgemein angenommen, daß ein besonderer Beweis der bona fides, oder etwa, wie Hasse im Rhein. Museum Bd. II. S. 400. statuirt, wenigstens ein Beweis der Oeffentlichkeit der vorgenommenen Besitzhandlungen nicht gefordert werden könne, daß es vielmehr genüge, wenn an den bewiesenen, in subjectiver Ueberzeugung des Rechts vorgenommenen Besitzhandlungen keines jener vitia possessionis ersichtlich ist, s. Glück P. C. Bd. IX. S. 137., Busch im civilist. Archiv Bd. XXXI. S. 412. Insbesondere kommt noch in Frage:

8) Wie ist der Anfang der Verjährung zu bestimmen, je nachdem durch dieselbe eine affirmative oder negative Servitut erworben werden will?
9) Ob und was für ein bestimmter Zeitraum zur Ersitzung einer Servitut in den Gesetzen gegeben sey?
10) Ob justus titulus zu dieser Erwerbungsart erfordert werde, oder in dessen Ermangelung wenigstens scientia domini?
11) Ob die Ersitzung blos bei Real- oder auch bei Personal-Servituten Platz greife? und ob nicht blos bei affirmativen, sondern auch bei negativen Servituten? ob auch bei deutschrechtlichen Dienstbarkeiten?
12) Findet in den Fällen, welche von der ordentlichen Ersitzung des Eigenthums ausgeschlossen und nur der außerordentlichen Ersitzung unterworfen sind, auch für Servituten die Erwerbung durch 30—40jährige Verjährung Statt?
13) Auf welcherlei Art kann eine Unterbrechung der Servituten-Ersitzung bewirkt werden?
14) Wird die Verjährung durch Verkauf des herrschenden Guts unterbrochen, oder findet für den Nachfolger, wenn er die Servitut fortwährend ausübt, accessio possessionis Statt?

Zu 1) Viele ältere und neuere Rechtsgelehrte sind der Meinung, daß dem ususfructus an verzehrbaren Sachen (quasi ususfructus) als einem ganz anomalen Ding nur aus besonderer Begünstigung der letzten Willensordnungen rechtliche Geltung zugestanden worden sey, und daß die betreffenden Gesetze nur von dem legato ususfructus zu verstehen seyen, § 2. J. 2. 4. — l. 1. D. 7. 5. — l. 69. D. 35. 2. — indessen scheint doch kein hinlänglicher Grund zu dieser einschränkenden Erklärung vorhanden zu seyn, weshalb auch die meisten Rechtslehrer keine Ausnahme statuiren; Glück P. C. Bd. IX. § 645.

Zu 2) Die Gesetze erkennen die Consumtion als einen Erwerbungsgrund an fungiblen Sachen an, l. 78. D. 46. 3. — si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent ejus, cujus fuerunt. Si mixti essent, ita ut discerni non possint, *ejus fieri qui accepit.* Deshalb muß die Frage bejaht werden.

Zu 3) Eine nothwendige Servitut kann

a) bei den Theilungsklagen durch adjudicatio begründet werden, l. 6. § 1. D. 7. 1. — l. 16. § 1. l. 22. § 3. D. 10. 2. — l. 6. § 10. D. 10. 3. —

b) Der Richter kann sie auch erkennen: für iter ad sepulcrum, jedoch nur gegen Werthsvergütung nach l. 12. pr. D. 11. 7. —, was zwar Manche als eine blos auf Religiosität begründete, somit als eine ganz specielle Vorschrift betrachten, s. Thibaut System des Pand. Rechts § 767. (Ed. 8.) in der Praxis aber für alle Fälle gilt, wo der Eigenthümer seine Sache ohne eine gewisse Dienstbarkeit einer andern Sache gar nicht benutzen und gebrauchen könnte.*) Glück P. C. Bd. IX. S. 101., Seuffert Erörter. Abth. II. S. 12., Elvers Themis Bd. I. no. 3. Manche gehen indessen wohl zu weit, wenn sie, wie Leyser in Sp. 109. Med. 9. auch ohne den Beweis einer absoluten Nothwendigkeit blos zur Abschneidung eines Rechtsstreits über das Bestehen eines Servitutsrechts dem Richter die Constituirung eines solchen gegen Entschädigung des zu Belastenden gestatten.

Es leuchtet übrigens wohl von selbst ein, daß eine nothwendige Servitut nicht durch eine Einrede erlangt werden könne,

*) Die einer solchen Nothwendigkeit wegen zu constituirende Servitut muß auch immer auf das unumgänglich Nothwendige eingeschränkt, dabei das Eigenthum des zu Belastenden möglichst geschont und ihm volle Entschädigung gewährt werden, s. v. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen no. 381.

sondern nur durch eine auf die gehörigen Voraussetzungen gestützte Imploration des Gerichts; denn durch Einreden kann ja niemals ein neues Rechtsverhältniß erst begründet werden.

Durch richterliches Urtheil kann auch eine verloren gegangene Servitut wieder hergestellt werden, wenn die Servitut durch Vereinigung des Eigenthums und der Servitutbefugniß in einer Person erlöschen muß, der ehemalige Servitutberechtigte oder Verpflichtete aber das Eigenthum nicht behält, sondern dasselbe zurückgeben oder an einen Andern abtreten muß, z. B. wenn er durch den Erbschaftsantritt ein ihm früher dienstbares oder ein über das seinige bisher herrschendes Grundstück erwirbt, es aber als ein Vermächtniß wieder herausgeben muß, oder wenn der Ehemann nach Auflösung der Ehe das ihm vor deren Schließung dienstbar gewesene Dotalgrundstück zurückgibt, so müssen die Servituten wieder hergestellt werden, l. 18. D. 8. 1. — l. 9. D. 8. 4. l. 70. § 1. l. 84. § 4. l. 116. § 4. D. de leg. I. (30.) — l. 7. § 1. D. 23. 5.

Zu 4) Es ist früher allgemein angenommen worden, daß zur wirklichen Erwerbung der Servitut durch einen Act unter Lebenden, sowie zur Erwerbung des Eigenthums durch Verjährung Tradition erforderlich, mithin ein Unterschied zwischen serv. constituta und acquisita zu beobachten sey, s. Glück P. C. Bd. IX. § 626. Bd. X. § 660. S. 11., Thibaut System d. P. R. § 767. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. § 553., Du Roi im civilist. Archiv Bd. VI. S. 284., Luden Lehre v. d. Servit. § 54., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 350. Modificirt wird diese Meinung von Glück u. Seuffert in den Blättern für Rechtsanw. Bd. 1. S. 113. dahin, daß der Mangel der traditio durch eine Art von Verbalcaution ersetzt werden könne, wenn nämlich dem Bestellungsvertrag das ausdrückliche Versprechen beigefügt wurde, den Acceptanten in der Ausübung der zugesicherten Servitut nicht stören zu wollen. — Sehr viele der neuern Rechtsgelehrten aber, s. die Lehrbücher von Mühlenbruch, Schilling, Schweppe, Mackeldey § 291. und nota a., Puchta, Härtel de serv. per pacta constituendis. Lipsiae 1828. u. A. m. behaupten nach dem Vorgang v. Savigny's, besonders mit Bezug auf Gajus II. 31., daß schon der bloße Vertrag zur Begründung der Servitut hinreiche, vgl. Schmidtlein D. de serv. per pactum constituendis. Goetting. 1823. und im civilistischen Archiv Bd. IX. no. 9. Michelsen ebend. Bd. VIII. no. 14., Warnkönig ebend. Bd. XII. no. 4, Hasse im Rhein. Museum Bd. I. S. 61., theilweise auch Zimmern ebend.

Bd. VII. S. 17., Sintenis Civilr. Bd. I. S. 578. Insbesondere vindicirt Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 282. dem Satz: si quis velit vicino aliquod jus constituere, *pactionibus* atque *stipulationibus* id efficere debet, § 4. J. 2. 3. vergl. l. 3. D. 7. 1. seine Geltung nach neuerem Römischen Recht.*) Auch die Anhänger der älteren Meinung modificiren sie übrigens dahin, daß

a) bei den negativen Servituten allerdings keine quasi-traditio nöthig ist, indem da der Besitz sogleich mit dem Vertragsabschluß schon erworben ist, s. auch Glück P. C. Bd. IX. S. 68., vergl. v. Savigny vom Besitz S. 602. 2c. und eben so wenig

b) bei der bloßen Reservation einer Servitut an der veräußerten Sache von Seite des Verkäufers, oder

c) wenn Jemand, welcher zwei Grundstücke besitzt, eines davon mit der Verabredung übergibt, daß demselben eine Servitut an dem andern zurückbehaltenen zustehen soll. l. 3. l. 6. D. 8. 4. — l. 32. 33. und 36. D. 8. 3. —

Wird ein Gut mit den demselben anhangenden Gerechtigkeiten verkauft, so involvirt wohl die Tradition des Guts von selbst auch die Uebergabe der beispielsweise mit demselben verbundenen Schäfereigerechtigkeit, ohne daß es für diese einer besondern Tradition bedürfte; es genügt nämlich, daß zur Zeit des Verkaufs das exorcitium juris auch faktisch bestanden hat, s. Lindelof in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 403.

Ob in den Fällen, da eine Servitut schon durch den Vertrag erworben werden kann, diesem noch die gerichtliche Bestätigung hinzukommen müsse, um ein dingliches Recht zu begründen, wie Berger in Oecon. jur. Lib. II. tit. III. th. 1. not. 2. u. Kind Qu. for. T. II. Cap. 71. pag. 326. annehmen, hängt wohl meistens von den Bestimmungen der Particularrechte ab, wo aber diese es nicht erfordern, kann die Wirksamkeit des Vertrags auch nach dem Gerichtsbrauch nicht von einer gerichtlichen Bestätigung abhängig gemacht werden, s. v. Hartitzsch Entscheid. prakt. Rechtsfragen no. 376.

Zu 5) Eine Servitut ist als stillschweigend eingeräumt anzusehen, wenn mir Jemand eine Sache legirt, welche ich nicht gebrauchen könnte, wenn mir nicht der Erbe auch die Servitut zugestehen würde. l. 15. § 1. D. 33. 2. — l. 44. § 9. l. 81. § 3. D. de legat. I. (30.) — l. 10. D. 8. 2. — l. 20. pr. D. 8. 5. — l. 1. § 1—4. D. 7. 6.

*) Daß zur Erwerbung einer Servitut Quasi-Tradition nöthig sey, behauptet, der älteren Meinung getreu, der Gerichtshof in Tübingen, s. Hufnagel Mittheilungen N. F. Hft. I. S. 127.

Selbst wenn der Testator die Sache mit ausdrücklicher Bestimmung, daß der Legatar eine zum Gebrauch absolut erforderliche Servitut nicht haben solle, vermacht hätte, würde dieses einer unmöglichen Bedingung gleich, mithin für nicht beigefügt zu achten seyn, l. 1. § 1. u. 4. D. 7. 6. Wenn Jemand, der zwei Gebäude hatte, das Eine davon vermacht hat, so ist es zwar keinem Zweifel unterworfen, daß der Erbe durch Erhöhung des andern das Licht des vermachten Gebäudes schmälern dürfe, er darf aber doch letzteres nicht in so weit verdunkeln, daß ihm das Licht ganz entzogen würde, und nicht so viel übrig bliebe, als für die Bewohner zum Bedarf bei Tage hinreicht; l. 10. D. 8. 2.

Als stillschweigend ist selbst eine nicht absolut nothwendige, sondern nur nützliche Servitut auch dann durch das Testament als verschafft anzusehen, wenn der Testirer das legirte Grundstück mittelst einer Servitut benutzt hat, und das Legat also lautete: villam meam ita, uti ipse possedi, lego. l. 18. § 13. D. 33. 7. — l. 81. § 3. D. de legat. I. (30.) — l. 20. pr. D. 8. 5. — l. 1. D. 33. 3.

Wenn ein Eigenthümer mehrere praedia hatte, das Eine zum Vortheil des Andern benützte, und nun das Eine veräußert, so kann, wenn die bisher stattgehabte Benützung zur Erhaltung des veräußerten praedii wesentlich erforderlich ist, der Erwerber desselben die Benützung als Dienstbarkeit fortsetzen. Tacite constituitur servitus ita, ut, quando dominus duorum praediorum, quorum unum alteri commoditatem praestat, alterutrum vel eodem tempore utrumque alienaverit, commoditas illa in servitutem migret, si rerum ita alienatarum usus aut nullus, aut non integer futurus erat. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1096., Thibaut System d. P. R. Bd. I. § 314. (Ed. 8.) Mevii Dec. P. III. Dec. 34. vergl. l. 36. D. 8. 2 — l. 1. D. 33. 3.

Zu 6) In Ansehung der Personalservituten ist diese Frage unstreitig zu bejahen. In Ansehung der Realservituten gestattete dies das Civilrecht nicht, l. 4. pr. D. 8. 1. doch hat der Prätor sich an dessen stricte Bestimmungen nicht gebunden, sondern die Zeitbestimmungen und Bedingungen dadurch wirksam gemacht, daß er daraus eine pacti s. doli exceptio gab. Um so mehr muß h. z. T. die Beifügung von Bedingungen und Zeitbestimmungen gelten, weil bei uns der blos formelle Anstoß bei den s. g. actus legitimi wegfällt; s. Elvers röm. Servitutenlehre S. 179., Schrader civil. Abh. S. 326., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 340. not. 1. no. 4. Nach neuerem Recht wird auch die Frage, ob eine Realservitut so begründet werden könne, daß ihre Ausübung nur gegen eine fortlaufende Vergeltung an den Eigenthümer

der dienenden Sache von Seite des Berechtigten geschehen könne, bejahend entschieden, wenn gleich das ältere römische Recht dem entgegenstand; Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S 210.

Zu 7) Als herrschend wird natürlich das ganze praedium angesehen, als dienend das Andere nur nach dem Umfang des Zwecks (servitutibus civiliter utendum). Der Servitutberechtigte hat dann die Wahl der Localität, l. 13. § 8. D. 8. 3., doch nicht durchaus unbeschränkt, l. 9. D. 8. 1. — l. 22. D. 8. 3., Glück P. C. Bd. X. § 677. S. 165. und nach einmal getroffener Wahl kann er nicht mehr variiren; Hoffmann die Lehre von Servituten § 30., Donelli Comm. L. XI. c. 13. § 6—13.

Zu 8) Bei der affirmativen Servitut beginnt sie mit dem Moment, da man sie zum ersten Mal ohne Widerspruch in der Absicht eines Rechts ausgeübt hat, bei der negativen von der Zeit an, wo man dem Eigenthümer eine Handlung verboten hat, welche er auf seinem Grundstück vornehmen wollte, und vermöge der natürlichen Freiheit auch konnte, und dieser sich dabei beruhigte, Glück P. C. Bd. IX. S. 130. Bd. X. S. 12.

Zu 9) Eine von Zimmern in seinen und Neustetels röm. rechtl. Untersuchungen no. 5. aufgestellte Meinung, welche derselbe aus l. 10. § 1. D. 41. 3. u. l. 10. pr. D. 8. 5. dahin zu begründen sucht, daß in den Gesetzen die Länge der Zeit unbestimmt gelassen, mithin dieselbe immer dem Ermessen des Richters anheim gegeben sey, hat nicht wohl zum Princip werden können, s. dagegen Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 328., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. S. 151., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 351. not. 1. Eben so wenig hat die von Bessel im civilist. Archiv Bd. XIII. S. 380. vertheidigte Behauptung, daß es dem Eigenthümer gegenüber nur eine Immemorialverjährung geben und übrigens von einer Servitutenverjährung nur dann die Rede seyn könne, wenn eine quasi-traditio von Seite eines Nichteigenthümers vorgegangen sey, Eingang gefunden.*)

*) Wenn gleich früher die Usucapion bei Servituten ausgeschlossen war, und zwar bei serv. praed. rusticorum schon durch die Natur der Sache, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem, bei den serv. praed. urban. aber durch die lex Scribonia, s. l. 4. § 29. D. 41. 3. — so hat doch das prätorische Recht und der Gerichtsbrauch die Entstehungsarten der Servituten durch die Einführung einer Ersitzung ergänzt, analog der longi temporis possessio, die für das Eigenthum an Provinzialgrundstücken eingeführt worden war; l. 2. C. 3. 34. Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti — l. 10. pr. D. 8. 5. — ..

Die herrschende Lehre nimmt den Ausdruck „longum tempus" in den Gesetzen nicht für eine unbestimmte Zeit, sondern für die technische Bezeichnung der Zeit von 10 oder 20 Jahren an. l. 2. C. 3. 34. — l. 12. C. 7. 33. — Daß man eine Servitut gar nicht ersitzen könne, läßt sich wohl aus der l. 10. § 1. D. 41. 3., wenn es dort heißt: hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint, nicht folgern; denn es ist damit blos gesagt, daß man, ohne Eigenthümer eines bestimmten praedii zu seyn, eine Servitut nicht ersitzen könne.*) Die 30jährige Verjährungszeit ist nur dann erforderlich, wenn ein Nichteigenthümer die Servitut bestellt hat, der das dienstbare Grundstück mala fide besaß. Nov. 119. cap. 7., Glück P. C. Bd. IX. S 144. Daß die aus l. 1. de praescr. in VIto. abgeleitete und früher sehr verbreitete, auch vom vormaligen Reichskammergericht angenommene Meinung, als könne man serv. discontinuas im Mangel eines Titels nur durch Immemorialverjährung erwerben, im röm. Recht durchaus nicht begründet, mithin nur da, wo der usus fori sie geltend gemacht hat, zu rechtfertigen sey, ist besonders dargethan von Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 210., Beſſel im civilist. Archiv Bd. XIII. S. 425., Glück P. C. Bd. IX. S. 148. und den vielen in Note 7. allda angeführten Autoritäten; Thibaut über Besitz und Verjährung Bd. II. S. 108., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 351. no. 1., Tafel auserlesene Civilrechtssprüche der höhern Gerichtsstellen in Würtemberg Bd. I. S. 170.

Der Beweis des Besitzes ist zwar bei den persönlichen Dienstbarkeiten und den serv. praed. urban. einfach; denn da bei ihnen ein ununterbrochener Zustand stattfindet, so genügt der Beweis, daß dieser Zustand des Quasibesitzes zu Anfang und zu Ende des erforderlichen Zeitraums so gewesen sey, indem die Zwischenzeit durch Vermuthung bis zum Beweis des Gegentheils ausgefüllt wird. Dagegen bei den serv. praed. rusticor. entsteht, da bei ihnen eine Ununterbrochenheit im eigentlichen Sinn nicht möglich ist, Zweifel darüber, wie viele Besitzhandlungen erforderlich seyen. Man stößt hier auf verschiedene Meinungen, welche gesammelt und beleuchtet sind von Busch im civilist. Archiv Bd. XXXI. S. 260. Mehrere halten drei Besitzhandlungen für hinreichend, s. Kritz Samml. von Rechtsfällen Bd. I. S. 70., v. Lan-

*) Deswegen ist auch wohl anzunehmen, daß grundherrliche Abgaben, welche nicht passive auf einem Gut ruhen, nicht Gegenstand einer possessorischen Klage seyn können, s. Tafel auserlesene Civilrechtssprüche der höhern Gerichtsstellen in Würtemberg Bd. I. no. 64. S. 211.

genn und Kori Erörter. Th. I. no. 2., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 425., Schweppe röm. Privatrecht § 305. Mit einer einzigen Handlung, durch welche der Erwerb des Quasibesitzes erwiesen wird, begnügt sich Pernitzsch in der Zeitschr. für Rechtspflege N. F B. III. S. 505. — Einert ebend. N. F. Bd. II. S. 4 erfordert den Beweis, daß das Recht immer und fortgesetzt ausgeübt worden sey, und überläßt das „immer und fortgesetzt" dem richterlichen Ermessen. — Hasse im Rhein. Museum Bd. II. S. 408. verlangt bei den serv. discontinuis wiederholte Ausübung während der Verjährungszeit, und bei der Wegeservitut wenigstens einmalige Ausübung in jedem Jahr, indem er die Ausübung an 30 Tagen im letzten Jahr blos auf das interd. de itin. actuque privato beschränkt. — Busch l. c. erfordert vielfältige, die Verjährungszeit hindurch sich erstreckende Ausübung, so daß dieselbe ein Bild von einem diuturnus usus darbietet. Damit stimmt überein: Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 313. u. Sintenis im pr. Civilr. Bd. I. S. 589. mit dem Bemerken: wie viele einzelne Acte der Ausübung erforderlich seyen, läßt sich im Allgemeinen nicht angeben, sondern muß aus der Natur und Beschaffenheit der einzelnen Servituten und der Umstände dem Richter zu erwägen überlassen werden.

Wenn man nach der häufig angenommenen Meinung drei Besitzhandlungen *) zum Beweis der Ersitzung als hinreichend erkennt, so entsteht, da zwischen denselben bedeutende Zeiträume liegen können, eine weitere Frage, ob der Gegentheil nicht aus denselben den Beweis einer Unterbrechung der Verjährung entnehmen könne? Daß diese Zwischenräume auch wie bei den auf einem ununterbrochenen Zustand beruhenden Servituten durch die rechtliche Vermuthung ausgefüllt werden können, wie wohl nach Sächsischem Recht zu geschehen scheint, s. v. Hartitzsch, Kori und Kritz l. c., ist zweifelhaft. Viel zu streng ist wohl Kori

*) Diese müssen jedoch durch Zeugen vollständig erwiesen seyn. Wo der Zeugenbeweis unvollständig und durch einen Eid zu ergänzen, oder wo der Beweis blos auf Eid gestellt ist, scheint die eidliche Versicherung dreier einzelner Besitzhandlungen nicht genügend. Das O. A. Ger. in Dresden nahm in die Formel des Erfüllungseids über eine Triftwegsgerechtigkeit, indem das Austreiben des auf einem Bauerngut befindlichen Rindviehs in der Regel sogar öfter als einmal in jedem Jahre zu geschehen pflegt, das Wort „alljährlich" auf; s. Wochenblatt f. merkw. Rechtsf. 1848. no. 41. Ein Erkenntn. des O. A. Ger. in Celle hält auch den Beweis, daß die stattgefundene Ausübung in jedem einzelnen Jahre der Verjährungszeit stattgefunden habe, für erforderlich, wenn nicht von solchen serv. discontinuis die Rede sey, welche ihrer Natur nach nicht in jedem Jahr ausgeübt werden können.

l. c. S. 19. wenn er den Beweis der Unterbrechung bei solchen Rechten, welche zur täglichen Ausübung geeignet sind, schon dadurch, daß der Verjährende ein ganzes Jahr mit der Ausübung ausgesetzt hat, oder bei solchen Rechten, deren Ausübung nur in bestimmten Perioden eintreten kann, wenn eine oder die andere Periode ungenützt geblieben ist, für begründet erachtet. Die gewöhnliche Annahme geht dahin, daß der Besitz, so lange die Möglichkeit der Ausübung fortdauert, nicht als unterbrochen betrachtet werden könne, wenn nicht der non usus ungewöhnlich lange gedauert hat, s. Sintenis pr. Civilr. Bd. I. S. 588. not. 48., Göschen Vorlesungen Bd. II. Abth. I. § 310., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. S. 186., v. Savigny Recht des Besitzes S. 577. Daß ein ungewöhnlich langer non usus als Unterbrechung des Besitzes vom Gegner des Präscribirenden zu beweisen wäre, wie Fuhr und Hofmann Versuche S. 19. § 10. behaupten, scheint nicht richtig, vielmehr kann man dabei stehen bleiben: der Präscribirende habe die häufige Ausübung der Servitut zu beweisen 1) um continua possessio darzuthun, 2) um dem Richter Ueberzeugung vom diuturnus usus zu verschaffen, s. Heimbach l. c. S. 314.

Zu 10) Ob justus titulus*) zu dieser Erwerbungsart erfordert werde, oder in dessen Ermangelung wenigstens scientia domini, was dann für dessen stillschweigende Einwilligung anzusehen wäre, nöthig sey, darüber sind die Meinungen getheilt; Glück im P. C. Bd. IX. S. 140. ꝛc. behauptet noch, daß Eines oder das Andere erforderlich sey, wofür besonders l. 2. C. 3. 34. zu entscheiden scheint, wenn nicht die Worte: „eo sciente“ blos als enunciative Bezeichnung des vorgelegten Falles und eines, den Vorwurf der Clandestinität niederschlagenden Merkmals zu betrachten wären. Auch Thibaut über Besitz und Verjährung Bd. II. § 36. behauptet die Nothwendigkeit eines gerechten Titels, welcher allenfalls nur durch unvordenkliche Verjährung ersetzt werden könne, s. auch Mackeldey Lehrb. § 291., Leyser Med. Vol. II. Sp. 110. med. 4., Bessel im civil. Archiv Bd. XIII. S. 338. — Die

*) Daß auch bona fides und zwar, was die auf Handlungen beruhenden Servituten betrifft, bei jeder einzelnen Handlung, nöthig sey, haben besonders ausgeführt: Schwarze und Heyne Unters. praktisch wichtiger Materien 2. Ausg. S. 58. Man kann denselben auch zugeben, daß die Abwesenheit der drei Besitzmängel nicht immer und nothwendig die bona fides involvire, daß also demungeachtet mala fides dabei möglich sey, allein diese müßte dann vom Gegner bewiesen werden, wie auch die Verf. zugestehen.



herrschende Lehre geht aber*) dahin, daß keines von beiden, sondern nur so viel erfordert werde, daß man die erforderliche Zeit hindurch die Servitut nec vi, nec clam, nec precario ausgeübt habe, und dies ist auch auf das Bestimmteste gesagt in l. 1. C. 3. 34. — l. 19. pr. D. 8. 5. — vergl. Roßhirt im civilist. Archiv Bd. IX. S. 6., Seuffert Erörter. Bd. II. S. 64., Unterholzner die gesammte Verjährungslehre Th. II. § 176. rc., Hasse im Rhein. Museum Bd. II. S. 400., v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 702., Dabelow über Verjährung Bd. I. S. 412., Busch im civilist. Archiv Bd. XXXI. S. 424. — s. auch die Erkenntnisse des O. A. Ger. in Bayern in Seuffert Archiv Bd. I. S. 453., desgl. in Darmstadt s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 893. (Ed. 2.) und in Würtemberg s. Tafel Würtemberg. Rechtssprüche Bd. I. H. 2. S. 177., Hufnagel Mittheilungen N. F. H. 1. S. 182. — In v. Bülow u. Hagemanns prakt. Erörter. Bd. VII. S. 288. wird ausgeführt, daß eine Realservitut, z. B. Fischereigerechtigkeit, die nicht heimlich, nicht bittweise und nicht gewaltsam, mit Wissen des Eigenthümers ausgeübt worden ist, auch ohne Darlegung eines gerechten Titels durch einen 10- oder 20jährigen Besitz erworben werde. Uebereinstimmend ist Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. II. § 293., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1101., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 375., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 156.: „zur Erwerbung der dinglichen Dienstbarkeiten wird kein Erwerbungsgrund erfordert."

Zu 11) Gegen Zimmern in seinen und Neustetels römisch rechtlichen Untersuchungen no. 5. entscheidet opinio communis doctorum für die bejahende Beantwortung der beiden ersten Fragen, s. Du Roi im civilist. Archiv Bd. VI. S. 287., Bessel das. Bd. XIII. S. 410. § 23. Hinsichtlich der Personalservituten, insbesondere des ususfructus, spricht die l. 12. C. de praescr. longi temporis (7. 33.) ausdrücklich dafür und übrigens sprechen die Gesetze l. 1. § ult. D. 39. 3. und l. 12. C. cit. von Servituten ganz allgemein. Gleiches gilt von den deutschrechtlichen Dienstbarkeiten, s. Tafel auserlesene Civilrechtssprüche der höhern Gerichtsstellen in Würtemberg Bd. I. S. 177., wo angenommen wurde, daß das angesprochene Bannrecht des Obstmostens auf

*) Und zwar ohne Zweifel bei den Rusticalservituten. Bei den Prädialservituten, bei welchen Gebäude vorkommen, ist in Ansehung negativer Servituten schon zum Erwerbe des Quasibesitzes justus titulus erforderlich, und kommt daher schon als Bestandtheil des Besitzes in Betracht, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 302. Bei den affirmativen Gebäudeservituten ist der fehlerfreie Quasibesitz für genügend erachtet; l. 1. C. 3. 34.

der gutsherrlichen Kelter, in Ermangelung eines Rechtstitels durch einen Besitzstand von wenigstens 30 Jahren erworben werden könne. Doch können grundherrliche Abgaben, wenn sie nicht passiv auf einem Gut ruhen, nicht Gegenstand einer possessorischen Klage seyn; Tafel l. c. S. 211.

Zu 12) Die bejahende Meinung für die analoge Anwendung der Gesetze über die Eigenthumsverjährung nach Nov. 131. c. 6. scheint in praxi wohl die herrschende, s. Mackeldey Lehrb. des h. R. R. § 291. not. d., Glück P. C. Bd. IX. S. 147. — doch liegt sie nicht außer allem Zweifel, indem die l. 8. C. 7. 39. nur vom Eigenthum spricht, eine ausdehnende Erklärung aber in Gegenständen einer Beschränkung natürlicher Freiheit von Andern beanstandet wird, s. v. Vangerow Pand. Bd. I. § 351. no. 4.

Zu 13) Factisch kann nur dadurch eine Unterbrechung bewirkt werden, daß der Besitz der Servitut gänzlich aufhört. Eine interruptio naturalis setzt daher voraus, daß der Eigenthümer des dienenden Guts dem herrschenden die fernere Ausübung der Servitut unmöglich macht, oder daß der Präscribent sich bei einem Verbot des Eigenthümers beruhigt; Glück P. C. Bd. IX. S. 151. Daß Pfändung, wenn sie auf legitime Weise geschieht (d. i. wenn das Pfand zu Gericht geliefert wird), den Besitz und mit ihm die Verjährung unterbreche, ist wohl nicht zu bezweifeln, daß aber auch eine außergerichtliche Pfändung oder z. B. das Abtreiben des Viehs bei der Weideservitut die Unterbrechung der Verjährung selbst dann bewirken könne, wenn der sich zur Weide berechtigt Haltende sich dadurch nicht abhalten läßt, sein Vieh fortwährend zur Weide zu treiben, wie Gottschalk in Discept. for. T. I. pag. 337. etc. anzunehmen scheint, wird wohl mit mehr Grund von Andern, zufolge des wesentlichen Unterschieds zwischen Turbation und Dejection verneint, s. Struben rechtliche Bedenken Th. I. S. 57., Hommel Rhaps. Obs. 109., Wernher P. VI. Obs. 400. P. IX. Obs. 219., Glück l. c. Ein Erkenntn. des O. A. Ger. in Lübeck, s. Seuffert Archiv Bd. VI. Heft 2. S. 200. erachtet mit Bezug auf Kori und Langenn Erörter. pr. Rechtsfragen Th. II. no. 10. S. 102., Göschen Vorlesungen § 310. sub 2. u. 5., Puchta Pandecten § 188. u. Vorles. Bd. I. § 188. die Verjährung schon durch wörtlichen oder thätlichen Widerspruch von Seite des Eigenthümers des angeblich dienenden Guts für unterbrochen, indem ein solcher die Besitzhandlungen zu gewaltsamen mache, da l. 1. § 5—9. l. 20. § 1. D. 43. 30. — l. 37. § 2. D. 50. 17. schon dasjenige als vi factum betrachte, was gegen ein Verbot, gleichviel ob ein formloses oder förmliches, durch die That

oder durch Worte kund gegebenes, geschieht. Damit stimmt Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 310. in der Art überein, daß er die bei dem interd. quod vi aut clam geltende Bestimmung, daß ein gewaltsames Beginnen (vi facere) schon darin liegt, wenn einem entschiedenen Widerspruche, geschehe dieser sinnbildlich (jactu lapilli) oder durch Einspruch (testatione denunciateque) entgegengehandelt wird, auch auf die Servitutenersitzung anwendbar erachtet.

Interruptio civilis wird durch Klage und Vorladung, und, wenn der Gegner abwesend ist, durch eine bei dem Richter oder coram Notario et testibus eingelegte Protestation bewirkt; diese hat aber nur in so fern Wirkung, als der Negatorienkläger in der Hauptsache siegt, oder den Proceß 40 Jahre lang liegen läßt; Glück P. C. Bd. IX. S. 152., Höpfner Inst. Comm. § 398. nicht aber, in so fern der beklagte Besitzer gewinnt, s. Thibaut über Besitz u. Verjährung § 17. S. 70.

Zu 14) Manche wollen bei der Servitutenersitzung eine accessio possessionis gar nicht gelten lassen, s. Dabelow über die Verjähr. Th. II. § 107., Andere wenigstens dann nicht, wenn der Verjährende keinen Rechtstitel für sich hat, s. Glück P. C. Bd. IX. S. 154. Das Gegentheil vertheidigt Thibaut über Besitz und Verjährung § 18. mit der Bemerkung, daß die l. 32. § 1. D. 8. 2. — von dem Fall zu verstehen sey, wo der Besitz zuvor schon interrumpirt war. Da kann freilich dem Nachfolger der Besitz des Vorgängers nichts nützen, wohl aber, wenn der Besitz ununterbrochen von einer Hand in die andere geht.

---

§ 2. Servitutes praediorum rusticorum.

A. Weg-Servituten.*)

1) Wenn bei Constituirung der Wegservitut — welche jedenfalls nicht für ein bloßes Spazierengehen, ut spatiari in alieno

---

*) Via, als eigentlicher Weg, welcher in gerader Linie 8 Fuß, im Bogen (in amfractu) aber 16 Fuß breit seyn mußte und jedweder Gebrauchsart eines Wegs rechtlich unterworfen ist, wie l. 7. pr. D. 8. 6. von der servitus viae lehrt, somit auch Substrat des iter und actus ist (nam et iter et actum in se via continet, l. 1. D. 8. 3. — l. 9. D. 8. 1. —), welche übrigens beide auch ohne Ausscheidung eines bestimmten Terrains, welches wir einen Weg nennen, über ein Grundstück stattfinden konnten, so nämlich, ut per quamlibet partem fundi ire agere liceat, l. 6. § 1. D. 8. 6. — und zwar iter, um blos darüber zu gehen, in einer Sänfte getragen

possimus, sondern nur so zu verstehen ist, ut ultra citraque commeare ad usus praedio necessarios possimus,

---

zu werden, und zu reiten, auch wenn das Grundstück des Nachbars, über welches ich zu dem meinigen gelangen will, ein See ist, darüber zu schiffen, l. 23. § 1. D. 8. 3. oder wie Plautus im Rudens Act. I. S. 5. V. 10. es naiv nennt, mich eines equus ligneus zu bedienen, oder actus, um auch Vieh darüber zu treiben, und darüber zu fahren (nach Einigen blos mit leichtem Fuhrwerk, s. Walch Introd. in controv. jur. civ. Sect. I. c. III. § 27. u. A., nach Andern, s. Glück P. C. Bd. X. S. 155. ohne Unterschied der Art des Fuhrwerks) l. 7. pr. l. 12. D. 8. 3. — Daß unsere Viehtriftsgerechtigkeit ganz dem römischen actus entspreche, mithin auch die Befugniß zum Fahren enthalte, ist wohl unerweislich, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 274. Im actus ist iter überhaupt begriffen, § 1. J. 2. 3. — wenn nicht besonders bedungen ist, daß iter nicht weiter, als zum Treiben des Viehes nöthig ist, gebraucht werden dürfe, l. 1. § 1. D. 8. 5., aber nicht umgewandt ist auch actus im iter begriffen, l. 1. D. 8. 3. — Daß nicht, wie Gensler im civilist. Archiv Bd. IV. no. 20. S. 251. annahm, wer das Recht hat, über ein Grundstück zu fahren auch das Recht habe, Vieh darüber zu treiben, erhellt schon aus obigen Bemerkungen und ist umständlich ausgeführt in einem Erkenntn. d. O. A. Ger. in Dresden im Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1851. S. 22., s. auch Seuffert Erörter. Abtheil. I. S. 56. und Abth. II. S. X. der Vorrede. — Actus begreift nicht die Befugniß, Steine oder Balken über den Weg zu schleifen, l. 7. pr. D. 8. 3., wie jedoch dem zusteht, welcher servitus viae schlechthin hat, l. 1. § 1. D. 8. 5., G. F. Puchta civilist. Abh. no. III.; denn dieser hat ja einen eigentlichen Weg, und muß ihn auch auf seine Kosten in brauchbarem Stand halten, daher es auch nur seine Sache ist, ihn zu schonen, vergl. auch Gensler im civil. Archiv Bd. IV. S. 244., Gebr. Overbeck Medit. Bd. III. S. 317. no. 184. — Sintenis im pr. Civilr. Bd. I. § 63. stellt die verschiedenen Begriffe der römischen Wegservituten iter, actus, via folgendermaßen fest: „wesentlich ist dem ersten das Recht, über das dienende Grundstück zu gehen, dem zweiten, das Last- und Zugvieh überzuführen, und dem dritten, außer diesen beiden noch das Recht, mit einem Wagen darüber zu fahren und schwerere Lasten zu schleifen. Ingleichen ist für die via eine wirkliche Straße charakteristisch, und zwar von der zum Fahren nöthigen Breite und dem erforderlichen Höhenraum, für jene beiden ersteren aber nicht." — Eine blos über ein Grundstück zu gehen eingeräumte Servitut gewährt dem Berechtigten nach einem Erkenntn. des O. A. Ger. in Lübeck (s. Bremer Sammlung 1830. S. 61.) nicht die Befugniß, mit einer Schiebkarre darüber zu fahren; l. 7. pr. D. 8. 3. führt uns zu der Annahme, daß diese Servitut sich nicht auf einen solchen Gebrauch des Wegs erstrecke, wobei nicht die Passage der Person, sondern der Transport von Sachen der Hauptzweck ist.

In so fern die römischen Grundsätze, als vom Sprachgebrauch abhängig, Zweifel übrig lassen, wird das tantum praescriptum, quantum possessum gelten müssen, s. Sächs. Zeitschr. IV. S. 466., Kritz Abhandl. S. 38.

l. 8. pr. D. 8. 1., Glück P. C. Bd. X. S. 140. — über die Breite des Wegs nichts bestimmt ist, was hat dann zu geschehen?

2) Wenn Jemand das Recht erlangt hat, über des Andern Grundstück zu gehen, zu fahren oder Vieh zu treiben, ohne daß ein bestimmter Weg ausgemacht ist, kann er dann fahren und treiben, wo er will, und bald da, bald dort?

3) Wenn durch Vertrag oder Verjährung dem Weg eine gewisse Linie bestimmt war, kann dann der Belastete verlangen, daß dem Berechtigten eine andere Linie angewiesen werde, wenn dies dem Berechtigten nicht zum Nachtheil, dem Belasteten aber zum Vortheil gereicht?

4) Wenn das berechtigte oder das dienende Grundstück getheilt worden ist, wie ist es dann mit der Ausübung der Wegservitut zu halten?

5) Wenn eine Wegdienstbarkeit ohne nähere Bezeichnung des Gebrauchs für iter oder actus, aber von so schmaler Beschaffenheit bestellt ist, daß man darüber nicht wohl fahren, aber doch einzelne Stücke Vieh vor sich hertreiben, oder daß man wohl fahren und einzelne Stücke Vieh, aber nicht einen ganzen Viehstand oder eine Heerde darüber ohne Schaden treiben kann, wie weit ist dann das Recht des Servitutberechtigten als begründet anzunehmen?

6) Geht die serv. actus dadurch verloren, daß man sich durch rechtsverjährte Zeit des Wegs nur zum Gehen bedient hat?

7) Wem liegt die Unterhaltung des Wegs ob, dem herrschenden oder dienenden Grundbesitzer?

8) Wenn der Besitzer des dienenden Guts, über welches mir die Ein- und Durchfahrt zusteht, dasselbe mittelst eines Thors verschließt, ist er dann schuldig, mir einen Thorschlüssel zu geben, oder muß ich es mir gefallen lassen, denselben immer erst zur Aufschließung auffordern zu müssen?

9) Muß es sich der Besitzer des dienenden Grundstücks gefallen lassen, wenn der Wegberechtigte in Folge einer veränderten Handthierung den Weg stärker benützt?

10) Kann auf einem öffentlichen Weg auch eine besondere Weggerechtigkeit bestehen?

11) Wie müssen die Handlungen, durch welche der Quasibesitz einer Weggerechtigkeit begründet werden will, beschaffen seyn, um sich als Rechtsausübung zu charakterisiren?

12) Kann der Besitz einer Fahrgerechtigkeit durch fremde Personen geltend gemacht werden?

13) Ist auch einem Nießbraucher des praedium dominans die Spolienklage wegen einer serv. viae zuzugestehen?*)

Zu 1) Dann tritt das Ermessen des arbitri ein, l. 13. § 2. D. 8. 3., wobei darauf Rücksicht zu nehmen ist, daß unter 2 Fuß Breite eine Wegservitut gar nicht gültig constituirt werden kann, da aber das Reiten und von Maulthieren in Sänften getragen zu werden auch in der serv. itiner. begriffen ist, 4—5 Fuß Breite arbitrirt werden müßten; Glück P. C. Bd. X. §. 674. S. 143. Bei der serv. actus haben die arbitri ihre Bestimmung nach dem örtlichen Verhältniß und nach der Zahl des zu treibenden Viehes zu richten, l. 13. § 2. D. 8. 3., Glück P. C. Bd. X. § 675.

Zu 2) Ist actus oder iter durch Legat bestellt, so wird im Zweifel immer die Servitut für einen bestimmten Weg ausgelegt, l 13. § 1. D. 8. 3. wenn nicht besonders ausgemacht ist: totus ager itineri servit. Außerdem ist durch die allgemeine Vorschrift: servitutibus civiliter utendum est, die Wahl, welche dem Servitutberechtigten in Ansehung der Oertlichkeit bei der unbestimmt, sey es durch Vertrag oder Legat**) constituirten Servitut allemal zusteht, l. 9. D. 8. 1. l. 21. D. 8. 3. l. 8. D. 43. 20., s. Glück P. C. Bd. X. S. 165. — ohne jedoch richterl. Ermessen auszuschließen, l. 13. § 1. D. 8. 3. — in so weit beschränkt, daß der Serviuteninhaber nicht mitten durch Saatfelder und Weinberge, sondern wo es dem Belasteten am wenigsten schädlich ist, die Servitut ausüben, auch nach einmal getroffener Wahl nicht wieder wechseln und die Richtung verändern darf; l. 13. § 1. D. 8. 3. — l. 9. D. 8. 1., Glück P. C. Bd. X. § 677. S. 166.

Zu 3) Kori in den Erörterungen Th. III. S. 58. ꝛc. verneint diese Frage aus Gründen des Obligationenrechts, welche jedoch wohl

---

*) Ueber andere Serv. pr. rust. ist lediglich auf die betreffenden Gesetze zu verweisen, z. B. serv. aquaeductus l. 8. D. 39. 3., aquaehaustus l. 3. § 3. D. 8. 3., serv. pecoris ad aquam appulsus l. 1. § 1. l. 4. D. 8. 3., sowie auf dasjenige, was darüber in der Materie vom Wasserrecht und vom Landeigenthum gesagt worden ist.

**) L. 26. D. 8. 3. scheint zwar die Wahl dem Erben zuzugestehen, weshalb Westphal de serv. praed. § 548. dieses wenigstens dann annimmt, wenn die Worte des Testators an den Erben gerichtet sind, s. auch Kritz Abh. no. 2., allein nach aufgehobenem Unterschied der legata per damnationem und per vindicationem relicta gilt das eben Gesagte ohne Unterschied, l. 9. D. 8. 1.

nicht in das Servitutrecht hinüber zu ziehen seyn möchten. Er führt aber auch selbst zwei, seiner Meinung entgegenstehende Erkenntnisse des Königl. Sächsischen Appellationsgerichts an. Auch v. Hartitzsch in den Entscheid. prakt. Rechtsfragen no. 471. bestätigt die damit übereinstimmende Praxis nach dem Princip der Billigkeit: quod tibi non nocet, alteri autem prodest etc. Eben so das O. A. Ger. in Lübeck, s. Hamburger Samml. Bd. II. Abth. 1. S. 131. und eine Entscheid. des Gerichtsh. in Ellwangen s. Hufnagel Mittheilungen N. F. H. 1. S. 157., Glück P. C. Bd. X. S. 223.

Zu 4) Diese Frage entscheidet l. 6. § 1. D. 8. 6. dahin:

A. in dem Fall, daß das herrschende Gut getheilt ist (fundus regionibus divisus), muß es so gehalten werden, als wenn die Servitut von Anfang an zwei verschiedenen Landgütern gedient hätte;

B. Wenn das dienstbare Grundstück getheilt worden ist, so können verschiedene Fälle eintreten, entweder

a) die Stelle des Wegs war ein für allemal bestimmt. Wird dann das Grundstück per longitudinem viae getheilt, so daß also durch die Theilungslinie die Breite des Wegs durchschnitten wird, so ist es so zu halten, als ob gleich bei der Bestellung zwei Grundstücke gewesen wären; wird aber das Grundstück der Länge des Wegs nach (per latitudinem viae) getheilt, so daß also der Weg selbst in der Breite getheilt wird, und auf der Gränze läuft, dann bleibt das Recht der Dienstbarkeit unverändert, wie es bestanden hat, als das Gut noch nicht getheilt war, und es thut nichts zur Sache, ob es gleich oder ungleich getheilt worden ist. Die Servitut bleibt in diesem Fall auch immer nur Eine, so daß der ganze Weg durch den Gebrauch erhalten, oder durch Nichtgebrauch verloren wird. Das Recht des Wegs ist nur ein einziges und wie zuvor ungetheiltes; es könnte daher dem Recht in seinem ganzen Umfang auch nichts schaden, wenn man nur von dem, nun blos auf dem einen Theil sich hinziehenden Fußsteig Gebrauch gemacht hätte. Der eine Theil des abgetheilt wordenen dienenden Grundstücks könnte nur durch besondere Uebereinkunft oder auch durch Confusion befreit werden, wenn ihn der Servitutberechtigte kauft, vorausgesetzt nämlich, daß dann nach dem Weg die gesetzliche Breite übrig bleibt, um als Fahrweg bestehen zu können; denn außerdem werden die beiden Stücke des getheilt wordenen Grundstücks von der vormaligen Servitut befreit, das eine durch Confusion wegen

des Kaufs, das andere deswegen, weil auf der übrig gebliebenen Stelle kein Fahrweg bestellt werden kann. Oder

b) das Fahrwegsrecht war so bestellt, daß der Berechtigte über jeden Theil des fundus gehen und fahren und die Richtung nach Belieben verändern konnte; dann wird die Sache auch wieder so angesehen, als wenn ursprünglich zwei verschiedenen Landgütern zwei verschiedene Dienstbarkeiten auferlegt worden wären, s. Puchta civilist. Abhandl. S. 137.

Zu 5) Der Servitutberechtigte kann im ersten Fall nur iter in Anspruch nehmen, iter magis, quam via aut actus adquisitus videbitur, im zweiten Fall aber nur actum minus plenum; l. 13. D. 8. 1., Glück P. C. Bd. X. § 674. S. 149. Man kann also nicht behaupten, daß actus, ob er gleich Fahrrecht und Viehtrieb der Regel nach in sich faßt, nothwendig immer beides selbst dann mit sich bringe, wenn das Eine oder Andere nicht ohne Beschädigung des Grundstücks möglich ist, und besonders, wenn deshalb auch der verjährte Gebrauch nur auf das Eine oder Andere eingeschränkt war. Quaedam in sermone tacite excipiuntur, l. 9. D. 8. 1. Das: si modo fructus non laedat in l. 7. D. 8. 3. muß auch hier analog gelten. Sommer im Archiv Bd. III. S. 231. rc., vorzüglich Gensler's Anmerkungen dazu no. 9., Schweppe R. Privatr. Th. II. § 290.

Dasselbe würde vom iter gelten, wenn nämlich der eingeräumte Fußpfad zum Reiten nicht geeignet ist, so würde dieses unterbleiben müssen, wenn es gleich im Allgemeinen im Recht des iter inbegriffen ist; v. Vangerow Pand. Bd. I. § 341. no. 1. So auch bei der serv. viae; ob sie gleich Alles in sich begreift, so wird doch, wenn der Weg nicht die gesetzliche Breite hat, nicht via, sondern iter angenommen, l. 23. pr. D. 8. 3.

Zu 6) Diese Frage ist in l. 2. D. 8. 6.: qui iter et actum habet, si statuto tempore tantum iret, non perisse actum, sed manere, verneinend entschieden, wie gegen Glück P. C. Bd. X. S. 161. no. 3. überzeugend bewiesen ist von G. F. Puchta l. c. S. 151. und v. Vangerow l. c. § 341. no. 3. lit. b. und auch aus dem in Anmerkung*) s. oben S. 294. Gesagten folgt.

Zu 7) Nach der allgemeinen Regel: „servitus in faciendo consistere nequit“ muß der Eigenthümer des herrschenden Guts, mithin der Wegberechtigte den Weg unterhalten, womit auch l. 3. § 11. D. 43. 19. und l. 2. § 22. D. 43. 8. übereinstimmt; Hommel Rhaps. Obs. 89., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 3. th. 7. not. 4.

Zu 8) Durch die einem gewissen Berechtigten zustehende serv. viae ist natürlich der serviens nicht gehindert, gegen jeden Andern sein Eigenthum durch Verschluß zu sichern, und es geschieht sogar auch zum Besten des Servitutberechtigten, daß der Weg nicht durch Andere abgenutzt werde, er ist also blos schuldig, dem Servitutberechtigten den Weg zu öffnen; aber diesem einen eigenen Schlüssel zum Thor zu gewähren, würde er nur durch besondere Stipulation verbunden seyn können, wenn er es nicht selbst vorzieht, sich die Mühe des jederzeitigen Oeffnens auf jene Weise zu ersparen; denn immer gilt in Ansehung der Art und Weise der Servituten-Ausübung die Entscheidung für die dem Verpflichteten mindest lästige Weise, s. die Entscheidung eines königl. bayerischen Appellationsgerichts in Seufferts und Glücks Blättern für Rechtsanwendung Th. VI. S. 353.

Zu 9) v. Hartitzsch in den Entscheid. prakt. Rechtsfragen verneint dies, indem jede Servitut nur in den Gränzen, in welchen sie erworben wurde, fortwährend ausgeübt werden dürfe. Allein eine uneingeschränkt und ohne specielle Bestimmung ertheilte Weggerechtigkeit scheint nicht von einem zufälligen und temporären, sondern von dem jederzeitigen Bedürfniß des praedii dominantis verstanden werden zu dürfen. Dafür entscheidet auch die Analogie der l. 23. D. 8. 2., Leyser Spec. 108. Med. 10. Das dienende Gut wird ja auch dadurch nicht mehr onerirt, da der Wegberechtigte den Weg unterhalten muß, und nur ihm diese Last mit dem vermehrten Gebrauch des Wegs erschwert wird.

Zu 10) Das Vorhandenseyn eines iter publicum schließt die Möglichkeit der Existenz einer besondern Weggerechtigkeit nicht aus, vielmehr kann beides sehr wohl mit einander bestehen; Erkenntn. d. O. A. Ger. in Lübeck in der Bremer Sammlung I. S. 193.

Zu 11) Es kommt in Dörfern häufig vor, daß man durch den offenen Hofraum eines Bauern beliebig hindurch geht; kann nun Einer, der dieser gemeinen Freiheit resp. Connivenz sich die Verjährungszeit hindurch bedient hat, darauf den Erwerb einer Servitut gründen? Da diese serv. rusticae nicht den Personen, sondern nur den Gütern zugeschrieben werden können, so müßte er ein seinem Gute eigenes Bedürfniß oder wesentliches Interesse darthun. Vom Begriff eines Rechts ist ein wirkliches Interesse unzertrennlich, vergl. Erkenntn. des O. A. Ger. zu München in Seuffert und Glück Bl. für Rechtsanw. Bd. XX. S. 189.

Zu 12) Daß eine Fahrgerechtigkeit durch fremde Personen erworben werden könne, darf wohl nicht ohne allen Unterschied ange-

nommen werden, jedoch in einem solchen Falle, wo die Mahlgäste einer gewissen Mühle während des Verjährungs=Zeitraums über fremdes Eigenthum zur Mühle und von da zurückgefahren sind, um ihren Mühlbedarf zu erholen, wurde von den Sächsischen Spruchbehörden dem Mühlbesitzer die Befugniß, vom Eigenthümer des leidenden Grundstücks zu verlangen, daß dieser das Fahren der Mahlgäste dulde, unbedenklich zuerkannt, indem dieses Fahren gar nicht als ein reines factum alienum, sondern als ein solches zu betrachten ist, welches zugleich im Interesse des Mühlenbesitzers geschehen ist, und zum dauernden Vortheil seines Geschäfts gereicht, s. Seuffert Archiv Bd. II. H. 1. S. 11. Ebenso hat das O. A. Ger. in Dresden in einem ähnlichen, die Holzabfuhr aus einem fiscalischen Wald betreffenden Fall entschieden. Wenn die Gesetze den Erwerb der Wegegerechtigkeit durch Stellvertreter zulassen, erfordern sie keineswegs, daß eine besondere Auftragsertheilung an letztere zu dem gedachten Zwecke stattgefunden habe, l. 1. § 7. 8. l. 3. § 4. D. 43. 19. — l. 9. D. 41. 2., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. § 194., denn der Gast oder Freund, oder wer sonst in eigenen Angelegenheiten des über fremden Grund und Boden führenden Wegs sich bedient, thut dies in der Regel ohne vorher erhaltene Weisung, weil er glaubt, daß der, zu dem er geht oder fährt, selbst den Weg zu gebrauchen, und durch die, welche zu ihm kommen, gebrauchen zu lassen berechtigt sey. Auch besagen die angezogenen Gesetzstellen ausdrücklich, daß derartige Stellvertreter dem Eigenthümer des Grundstücks, zu welchem der Weg führt, den Besitz der Servitut auch verschaffen; per eos uti videmus servitute — im Gegensatz des bloßen Abwendens des Verlusts derselben durch non usus des retinere servitutes — worauf v. Langenn und Kori Erört. Bd. I. S. 229. (Aufl. 2.) die rechtliche Wirksamkeit beschränkt —, welches letztere auch durch den Gebrauch des Weges von Seiten solcher Personen geschieht, welche ihr eigenes Recht auszuüben glauben, l. 5. 6. pr. l. 20—24. D. 8. 6. oder auch nicht wissen, daß sie über fremden Grund und Boden gehen, l. 1. § 7. D. 43. 19. Zwar ist in den bemerkten Gesetzen dem in dieser Weise erworbenen Besitze nur ein Anspruch auf Schutz durch Interdict beigelegt; allein dies erklärt sich daraus, daß zur Zeit des Ulpian und Gajus, aus deren Schriften die betreffenden Fragmente entnommen sind, noch die lex Scribonia wenigstens in formeller Geltung bestand, wonach die erwerbende Verjährung der Servituten überhaupt untersagt war, l. 4. § 29. l. 10. § 1. D. 41. 3. — l. 14. pr. D. 8. 1. und es kann daran, daß dieser Besitz, eben so wie durch den Besitzer selbst oder durch die Seinigen oder durch ausdrücklich bevollmächtigte Personen ausgeübt,

zum Erwerbe durch Verjährung führen könne, um so weniger gezweifelt werden, nachdem Justinian durch l. ult. C. 7. 33. die Servitutenverjährung ausdrücklich wieder eingeführt hat. — Immer wird jedoch das Daseyn von Momenten erfordert, welche die Annahme rechtfertigen, daß die handelnden dritten Personen in einem Repräsentationsverhältnisse zu dem Besitzer des fundus dominans gestanden haben. Es müssen daher Merkmale vorliegen, daß sie nicht oder wenigstens nicht lediglich in eigenem Interesse, sondern auch zugleich im Interesse des letzteren gehandelt haben, und in der Regel wird auch dessen Wissenschaft um ihre Handlungen und der Wille, den Besitz durch diese Mittelspersonen auszuüben, nicht fehlen dürfen, ausgenommen bei juristischen Personen, bei welchen, weil ihnen ein unmittelbares Bewußtseyn abgeht, der animus possidendi für entbehrlich gehalten wird, l. 12. D. 8. 1. — l. 1. § 22. l. 2. D. 41. 2. — Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle 1846. no. 13.

Zu 13) Die Spolienklage wegen einer servitus viae kann von dem Nießbraucher des praedium dominans erhoben werden, wenn schon dieser nach l. 12. pr. l. 52. D. 41. 2. — l. 6. § 2. D. 43. 16. nur körperlicher oder sogenannter Naturalbesitzer ist. Wenn z. B. v. Savigny Besitz (Ed. 6.) S. 622., v. Wening-Ingenheim Civilr. Bd. III. § 250. sie nur dem juristischen Besitzer gestatten, folglich dem, der nur körperlich, alieno nomine besitzt, versagen, so wird dies durch c. 2. 3. 4. X. 2. 13. widerlegt, wo dem Pfarrer und sonstigen Pfründe-Inhaber wegen der mit seiner Pfründe verbundenen Dotalgüter, woran er doch nur ein Nießbrauchsrecht, so lange er in der Pfründe bleibt, hat, jene Klage zugestanden wird, c. 2. X. 2. 24. — c. 5. X. 3. 13. — Boehmer J. E. Pr. lib. II. tit. 5. § 159. Mit Recht ist der Gerichtsbrauch übereinstimmend, Boehmer Princ. jur. can. § 688 ꝛc., Kori summar. Prozeß S. 245. Urtheil der Facultät Jena 1850. in Emminghaus Pand. S. 859. no. 43.

B. Hut- und Weidegerechtigkeit.*)

Im Voraus ist hier in das Auge zu fassen, daß diese Gerechtigkeit in Deutschland viel seltener in der Form einer, dem Einzelnen zustehenden Prädialservitut, als vielmehr durch die Gemeinde-

---

*) Von der Hutgerechtigkeit in Waldungen s. oben S. 144. Kap. II. § 4 a. vom Forst- und Jagdrecht.



verfassung, Gesammteigenthum und gutsherrliche Rechte sich begründet findet, s. Eichhorn deutsch. Privatr. § 179. Hierauf ist bei der Beantwortung folgender Fragen Rücksicht zu nehmen; als durchgreifender Grundsatz ist es aber wohl anzuerkennen, daß jede Hutgerechtigkeit, von welcher Art sie seyn mag, von dem Berechtigten nur auf unschädliche Weise ausgeübt werden dürfe und, wie alle Beschränkungen des Eigenthums, strenger Auslegung unterworfen ist.

Daraus folgt, daß die Hut niemals mit krankem Vieh, übrigens auf Wiesen nur zur offenen Zeit, und auf Feldern nur entweder in der Brache oder in die Stoppeln stattfindet,*) auch folgt noch nicht aus dem Recht der Stoppelhütung das Recht, die Brachfelder zu beweiden, wo nicht Gesetze, Verträge oder rechtliches Herkommen ein Anderes mit sich bringen, Hagemann Landwirthschaftsr. § 180. u. 295. Der Weideberechtigte darf auch Wiesen nicht mit Schafen, Schweinen und Gänsen behüten, wo es nicht hergebracht ist, s. Rüdiger allgem. Staatslehre Thl. II. S. 26., Hagemann Landwirthschaftsr. § 294., Glück P. C. Bd. X. S. 172., Münter das Weiderecht § 69 ꝛc. u. 92.; aber auch, wo dergleichen hergebracht ist, dürfte die Staatsgewalt solche Hutungen für gemeinschädlich erklären, wonach sie auch ohne Vergütung cessiren müßten, s. Hagemann l. c. Am eingeschränktesten ist vermöge dieser Grundsätze die Hut in Waldungen; denn sie bleibt stets der Forstaufsicht besonders zur Schützung der jungen Schläge untergeordnet, s. Strampfer vom Hutrecht § 24., Münter das Weiderecht § 272. Doch darf der Waldeigenthümer die Zuschläge nicht so groß machen, daß dem Hutberechtigten auf einmal die Hälfte der Weide entzogen würde, Hagemann l. c. § 286. not. 4.

Oft sind gleichwohl die Gränzbestimmungen zweifelhaft, in wie fern die Selbstbenutzung des Eigenthümers durch das Weiderecht nicht doch rechtlich verhindert werden könne,**) während gleichwohl

*) Das römische Recht kennt Hut auf den Feldern und Wiesen nicht, sondern nur auf Saltus (Lehden, Eggerten), l. 1. C. 11. 60. Isidor. Orig. XV. 13.

**) Daß die Hut- und Weidegerechtigkeit eines Servitutberechtigten die Mithut des Eigenthümers der dienenden Gründe nicht ausschließt, ist bekannt; zweifelhaft aber ist die Frage: ob in den Fällen eines auf einer ganzen Gemeindemarkung zustehenden Rechts der Schafhut die Ausübung der Mithut ex jure dominii zum Besten aller der Gemeinde angehörigen Gutsbe-

das Recht des Eigenthums und also auch die aus demselben entspringende Benutzungsbefugniß in der Regel durch die Servitut nicht aufgehoben wird, sondern als daneben fortbestehend betrachtet werden muß, l. 6. C. 3. 34., Mittermaier deutsch. Privatr. § 150., Seuffert civilist. Erörter. S. 73., v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. S. 300. Bd. VI. S. 75.

---

sitzer durch die Gemeinde mittelst einer Gemeindeschäferei geschehen könne, was in Seuffert's rechtswissenschaftl. Abhandl. 1837. no. 1. bejaht, und wofür auch ein Erkenntniß des Oberhofgerichts in Mannheim angeführt wird, s. Seuffert Archiv Bd. I. no. 9., welchem folgende Ansicht zu Grunde liegt: Es ist ein deutschrechtliches Genossenschaftsverhältniß, welches die sämmtlichen Gutsbesitzer einer Flurmarkung als juristische Einheit bezüglich aller die Flurmarkung als ein geschlossenes Ganze betreffenden Rechte und Verbindlichkeiten erscheinen läßt. Indem nun für die Dorfgemeinde die Ausübung der Mithut auf der Flurmarkung in Anspruch genommen wird, ist dieselbe als Organ der Flurgenossenschaft zu betrachten. Es liegt daher nicht in dem Recht des Servitutberechtigten, die aus dem Eigenthum entspringende Mithut auf die Ausübung durch die einzelnen Gutsbesitzer und jeden derselben auf Behütung seiner Grundstücke zu beschränken.

Das Gegentheil statuirt jedoch ein Erkenntniß des O. A. G. in München v. J. 1846., s. Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XV. S. 123., ausgehend von folgenden Erwägungen:

Gegenstand des angesprochenen Weiderechts sind nicht Gemeingründe, welche, als der moralischen Person eigenthümlich, von der Gesammtheit der Gemeindeglieder benutzt werden dürfen, sondern die eigenthümlichen Grundstücke der einzelnen Gemeindeglieder, in so fern dieselben in der Flurmarkung liegen und dieselbe bilden.

Das dem Eigenthümer zustehende Recht der Mithut ist daher ein jus singulorum, welches nur dann ein Gemeinheitsrecht, jus universitatis, werden kann, wenn alle Grundeigenthümer in ein gemeinschaftliches gegenseitiges Beweiden sämmtlicher privateigenthümlicher Grundstücke einwilligen, und in diesem Falle nur dann, wenn die wohlerworbenen Rechte eines Dritten nicht verletzt werden, s. Mittermaier deutsch. Privatr. § 170. no. 5. (Ed. 6.)

Das Eingehen einer solchen Mithutgesellschaft von sämmtlichen Grundeigenthümern einer Flur enthält aber, gegenüber den Weideberechtigten, auf Seite jedes Einzelnen die ungesetzliche Einräumung einer weiteren Servitut zu Gunsten der übrigen, welche die schon rechtlich bestehende Servitut des Weideberechtigten jedenfalls bedeutend schmälert, wenn nicht in ihrem nutzbringenden Bestande beinahe aufhebt. Aus dem Umstande, daß hier das Weiderecht kraft universellen Titels auf der ganzen Flurmarkung in Anspruch genommen wird, folgt rechtlich nicht, daß die Eigenthümer dieser universitas rerum ihre besonderen Mithutsrechte durch die Annahme der Eigenschaft einer universitas personarum vereinigen dürfen, weil ihnen, da auf ihrer Seite nur eine communio juris besteht, der rechtliche Charakter einer moralischen Person abgeht.

1) Kann der Grundeigenthümer vom Hutberechtigten verhindert werden, Aenger zu Feldern und Felder zu Gärten zu cultiviren, oder einmädige Wiesen zu zweimädigen zu machen?

2) Muß es sich der Hutberechtigte in Orten, wo die Dreifelderwirthschaft eingeführt ist, gefallen lassen, wenn der Eigenthümer die Brache besömmert?

3) Ist ein nach Anzahl der Stücke eben so wenig als nach der Gattung des Viehes bestimmtes Weiderecht, insbesondere wenn die Urkunden auf das Recht der freien Trift verlauten, ganz unbeschränkt in seiner Ausübung?

4) Darf der Hutberechtigte sein Hutrecht verpachten, oder auch fremdes Vieh unter sein eigenes aufnehmen, z. B. der Schäfereibesitzer auch Kostschafe mit zur Weide treiben?

5) Ist das Meng- und Setzvieh für fremdes und Kostschafvieh zu achten?

6) Sind bei einer gemessenen Schäferei auch die Sauglämmer mitzuzählen?

7) Ist das Recht auf den Pferch oder Hordenschlag, vermöge dessen der Schäfereibesitzer seine Schafe in Horden stellen und zur Nachtzeit auf gewissen Grundstücken lagern lassen darf, eine nothwendige Folge der Schäfereigerechtigkeit?

8) Wenn dem Gutsherrn zu A. die Schafhutgerechtigkeit auf irgend einer Dorfflur stipulirt ist, derselbe aber auch in C. und D. ein Gut besitzt, auf deren jedem er Schafstallungen hat, gilt dann die Erwerbung des Hutrechts auch für die auf den Gütern C. und D. befindlichen Schafe?

9) Wenn das Hutbedürfniß des Rechtssubjects eines indeterminirten Hutrechts sich nach Zeitumständen vergrößert, wenn z. B. die zur Hut mit ihren Stichschafen berechtigte Metzgerzunft einer Stadt durch gestiegene Bevölkerung und Consumtion vielleicht die doppelte Anzahl von Schafen zur Weide bringt, müssen sich die Eigenthümer der dienenden Grundstücke dies gefallen lassen?

10) Ist das Schäfereirecht ausschließend ein gutsherrliches Recht, so daß die Dorfeinwohner ohne obrigkeitliche Concession nicht Schafe halten und zur gemeinen Weide bringen können?

11) Wenn die Weide, neben dem Bedarf des praedii dominantis, nicht mehr auch für den des belasteten Grundeigenthümers

zureicht, welcher von Beiden muß dann dem Andern nachstehen?

12) Wenn bei einem Hutrecht die Gattungen des zur Weide zulässigen Viehes nicht bestimmt sind, welche sind dann für zulässig zu achten?

13) Darf der Hutberechtigte die Gattung des Viehes, womit, oder die Zeit, wann bisher die Hut ausgeübt wurde, verändern?

14) Was wird unter Koppelweide verstanden, und in wie fern beschränken sich die Theilhaber des Weiderechts gegenseitig? Kann die Koppelhut durch einseitige Auffagung aufgehoben werden?

15) Welchen Einschränkungen ist regelmäßig das Hutrecht der Gemeindeglieder auf den Gemeindeplätzen unterworfen?

16) Wenn ein Hutberechtigter den Viehtrieb durch fremde Reviere hergebracht hat, welche Breite des offen zu lassenden Weges ist, in Ermangelung bestimmter Verträge oder eines verjährten Besitzes, zu statuiren?

17) Geht dem Eigenthümer des dienenden Gutes die Befugniß zur Mitweide durch Nichtgebrauch in langer Zeit verloren?

18) Wann beginnt für die Hut die offene Zeit, und richtet sich dieselbe immer schlechthin nach Kalendertagen?

19) Wenn bei mehrjährigem Klee der letzte Schnitt eines Jahres im Spätherbst geschehen ist, muß dann dasselbe bis zum kommenden Frühjahr als offen für die Weide betrachtet werden?

20) Wie unterscheidet sich die Triftgerechtigkeit von der Weidegerechtigkeit?

21) Da das Weiderecht auf den Gemeindegründen ein Ausfluß der Eigenschaft als Gemeindeglied ist, so fragt sich, ob auch der Gutsherr oder auch der Ortspfarrer daran zu participiren habe?

22) Welche Rechte und Verbindlichkeiten hält das Schäfereirecht in sich?

23) Erstreckt sich das Schäfereirecht auf Sommer- und Winterweide?

Zu 1) Aeltere Schriftsteller wollen dem Grundeigenthümer durchaus nichts dergleichen zulassen, wodurch die Weide verhindert oder geschmälert würde, s. Denecken Dorf- und Landrecht Thl. I. S. 216.

Einen Acker in eine Wiese zu verwandeln, soll nach Schmidt's hinterlassenen Abhandl. Thl. II. S. 111. der Grundeigenthümer dem Hutberechtigten gegenüber nicht Macht haben. Andere gestehen zwar zu, daß das Hutrecht nie so weit ausgedehnt werden dürfe, daß der Grundeigenthümer an der nach Landesart gebräuchlichen Cultur und Benutzung des Bodens verhindert würde, aber ungewöhnliche Benutzungsarten dürfte nach ihrer Meinung derselbe nur in so fern willkührlich vornehmen, als der erforderliche Weidebedarf der Hutungsberechtigten dadurch nicht geschmälert, oder der entzogene Bedarf durch Anweisung eines anderen gleich guten Weidedistricts vollständig ersetzt wird, Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 34. u. 188., Hagemann Landwirthschaftsr. S. 554., Leyser jus Georgic. Lib. III. Cap. X. no. 33., Toepfer Diss. de servitute rustica agrorum incultorum culturam prohibente. Lips. 1792. Will man aber jede bisher nicht gewöhnlich gewesene Culturart ausschließen, so kommt man zu der Voraussetzung, der Grundeigenthümer habe sich durch Einräumung der Weidegerechtigkeit alles Fortschreitens in seinen Einsichten und Kenntnissen von der Landwirthschaft und der jederzeitigen Benutzung der Zeitbedürfnisse und der nach Verschiedenheit der Conjuncturen bald dieser bald jener Fruchtgattung zu Statten kommenden Vortheile im Voraus begeben, was schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht angenommen werden kann, wenn man auch von der meist precären Entstehungsart der Weideservituten ganz absehen will. Die neueren Rechtslehrer statuiren daher: die Weideservitut dürfe den Grundeigenthümer nicht hindern, seine Ländereien wirthschaftsmäßig zu benutzen, und sie mit Früchten aller Art zu bestellen, oder auch brach liegen zu lassen, somit auch einmädige Wiesen zweimädig zu machen, Kind Q. F. T. II. pag. 141., Weiske Handb. d. Landw. Rechts § 141., Glück P. C. Bd. X. S. 170. § 678., Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 123. Hierbei versteht sich wohl von selbst, daß die Culturfreiheit nicht solo non-usu, sondern nur durch Prohibition und Acquiescenz verloren gehen könne, Scholz Schäfereirecht § 104 c., wogegen freilich ältere Schriftsteller gegen die Freiheit des Eigenthümers, seine Wiese zweimädig zu machen, auch eine nicht qualificirte Verjährung der längsten Zeit entscheiden lassen, s. Struben rechtl. Bedenken Thl. IV. S. 153.

Zu 2) Diese Frage wird fast von allen Rechtslehrern bejaht, in so fern nicht der Weideberechtigte ein Verbietungsrecht erworben hat. In der Regel wird nämlich keine Brache zum Vortheil des herrschenden Gutes vermuthet und Niemand zum Vortheil des Weideberechtigten schuldig erachtet, Brachfelder zu halten, wenn ihn nicht Gesetz, Vertrag

oder rechtliches Herkommen dazu verpflichten, Glück P. C. Bd. X. S. 170. 171. 177., Kaempffe Diss. de servitute pascendi ad agrorum praesertim desertorum culturam utiliter regunda. Vitemb. 1791. Cap. II. § 4., Strampfer vom Hutrecht § 20., Hagemann's Landwirthschaftsrecht § 295., Hommel Rhaps. Obs. 34., Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 398. no. 2., Biener Opusc. academ. T. I. pag. 103. etc. Doch wollen Andere dem Grundeigenthümer die Besömmerung der Brache nur mäßig gestatten und die Brache nicht ganz aufheben lassen, Gebr. Overbeck Meditationen Bd. IV. no. 229,, v. Bülow u. Hagemann prakt. Erört. Bd. IV. S. 290. Schon nach dem Princip der serv. necessaria ist es unstreitig, daß im Brachjahr einer Flur dem Hutberechtigten der Weg zu den Brachfeldern nicht durch Anbau versperrt werden dürfe. „Die Trift darf nicht versäet werden,“ Biener l. c. pag. 109. etc., Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. II. S. 400. no. 4. Endlich darf man wohl als allgemeines Princip geltend machen, daß in Fällen, wo die Cultur und die Servitut durchaus nicht mit einander bestehen kann, so daß die Ausübung der einen die Ausübung der andern gänzlich ausschließen würde, der Servitutberechtigte nachstehen müsse, jedoch nur gegen Entschädigung, Scholz Schäfereir. § 104 c. Für schiedsrichterliches Amt hierbei gewährt eine Analogie l. 22. § 2. D. 7. 8. — l. 13. § 3. D. 8. 3.

Zu 3) Allemal versteht sich von selbst, daß die Weideberechtigung nicht über den eigenen Bedarf des herrschenden Guts ausgedehnt werden darf.*) Aber auch davon abgesehen, hält man hier nicht minder den Grundsatz fest: servitutibus civiliter utendum est, mit der Folge, daß der Weidedistrict nicht mit allzuvielem Vieh, und nicht in der Maße beschwert werden darf, daß der Grundeigenthümer dadurch gehindert würde, seine Ländereien wirthschaftsmäßig zu benutzen, Leyser Sp. 108. Med. 7., Voet Comm. ad Pand. Lib. VIII. tit. 3. § 10., Hellfeld Jurispr. for. § 678., Glück P. C. Bd. X. § 679. S. 172., Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanw. Jahrg. 1843. no. 9. S. 156.

Zu 4) Man muß bei Beantwortung dieser Frage auf den rechtlichen Entstehungsgrund des fraglichen Hütrechts zurückgehen. Dasselbe kann

*) So ist auch bei einer ungemessenen Schäferei durch Landwirthschaftsverständige zu ermitteln, wie viel Stücke deren Besitzer mit eigenem, selbst gewonnenen Futter überwintern kann, v. Ende vermischte jurist. Abhandl. Thl. I. S. 123. Eben so bei dem Mitweiderecht überhaupt.

a) bei der Hut auf Gemeingründen aus der Eigenschaft eines Gemeindegliedes entspringen, oder
b) als gegenseitiges gemeinschaftliches Behütungsrecht der in der Gemeindeflur liegenden Privatäcker und Wiesen, als mutua servitus (jus compascui, vulgo gemeine Hut und Weide) oder
c) als Realrecht auf fremdem Grund und Boden constituirt seyn.

In allen diesen Fällen sind folgende Grundsätze unbestreitbar:

1) Das Hutrecht kann nicht ohne das herrschende Gut selbst verpachtet werden, locare servitutem nemo potest, l. 44. D. 19. 2.
2) Jeder Berechtigte darf nur so viel Vieh zur Weide treiben, als mit dem ökonomischen Bedarf des Guts*) im Verhältniß steht, nämlich als er mit eigenem Futter zu überwintern vermag. Da ist es denn übrigens gleichviel, ob das Vieh ihm eigen gehört, oder nur in Pacht genommen ist, s. Glück P. C. Bd. X. S. 173. Indistinct kann man daher nicht zustimmen, wenn Seuffert u. Glück in den Blättern f. Rechtsanw. Bd. VIII. S. 128. auf ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts in Bayern geradehin den Satz bauen: „daß der Weideberechtigte nur eigenes und kein gepachtetes Vieh zur Weide bringen dürfe.“ Wie oft ist es möglich, daß ein Weideberechtigter durch Viehfall und andere Unglücksfälle eine Zeit lang genöthigt sein kann, sich mit gepachtetem Vieh geraume Zeit zu behelfen. Daß es die größte Ungerechtigkeit wäre, ihn deshalb von der Weidebefugniß ganz oder theilweise auszuschließen, leuchtet eben so von selbst ein, als daß das allgemein angenommene Princip, welches wir vorhin angedeutet haben, allein auf Rationabilität Anspruch machen kann, s. Struben rechtl. Bedenken Thl. IV. no. 117. § 4., v. Beneckendorf Oecon. for. Bd. I. Kap. 1. § 112., Gmelin u. Elsässer gemeinnützige jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle Bd. III. § 134. S. 213., Klein merkw. Rechtssprüche der Halleschen Juristenfacultät Bd. III. no. 3., Gesterding Ausbeute Thl. VI. Abthl. 1. S. 59. „Boves, per quos fundus colitur,“ sagt Ulpian indistinct.

---

*) Schlachtvieh, Handelsvieh, oder welches zu einem andern Gewerbsbetrieb gebraucht wird, ist daher von der Weide ausgeschlossen, s. Pfeiffer neue Sammlung bemerkenswerther Entscheid. des O. A. G. zu Cassel Bd. I. S. 8. Unter dem ökonomischen Bedarf ist die höchstmögliche Benutzungsweise des Guts zu verstehen, l. 6. pr. D. 8. 3. Gesterding Ausbeute Thl. VI. Abthl. 1. S. 65.



In manchen Ländern ist es gesetzlich bestimmt, wie viel Schafe auf eine Hufe Landes gehalten werden dürfen, s. Herzogl. Sachsen-Altenburgische Landesordnung Thl. II. Kap. III. Tit. 20.

In dem zu a) bezeichneten Fall darf man nicht schlechthin behaupten: ein jedes Gemeindeglied habe volle Freiheit, seinen Gemeinnutzen nach Belieben entweder selbst zu beziehen oder zu verpachten, Jeder kann ihn nur mit dem Gut, für welches die universitas als moralische Person die Benutzung der Gemeinweide eingeräumt hat, verpachten, und der Pachter darf dann eben auch nicht mehr Vieh zur Weide treiben, als er aus den Erzeugnissen dieses Guts zu überwintern im Stande ist. Servitus ultra constitui non potest, quam quatenus ad fundum dominantem opus est, Leyser Sp. 107. Med. 1. Sp. 108. Med. 7., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. § 282. S. 525. Der Gemeinnutzen ist nichts anders, als ein auf das Eigenthum der universitas als moralischer Person constituirtes Recht.

Zweifelhaft ist es gleichwohl, ob der Weideberechtigte nicht wenigstens dann fremdes Vieh mit aufnehmen darf, wenn er nicht so viel eigenes Vieh hält, als sein Oekonomiestand wirklich ertrüge. Die bejahende Meinung vertheidigt v. Bülow u. Hagemann in den prakt. Erörter. Bd. IV. S. 291., und insbesondere will man bei Schäfereien alsdann eine Ausnahme machen, wenn der Schäfereibesitzer die Gerechtigkeit wegen zu weiter Entfernung des Gutes mit eigenen Schafen nicht mit Vortheil betreiben könnte, besonders wenn er einen durch Unglücksfälle erlittenen Abgang an den eigenen Schafen einstweilen mit fremden ersetzen würde, s. Struben rechtl. Bedenken Thl. II. no. 75. S. 285. Thl. IV. no. 117. § 4. — Abgesehen von dem vorhin bemerkten Satz, daß die Ausübung der Servitut ebensowohl mit gepachtetem, als mit eigenem Vieh, wenn es zum Oekonomiebetrieb des berechtigten Guts nothwendig ist und aus den Gutserzeugnissen überwintert werden kann, stattfindet, kann eine Befugniß, fremdes Vieh mit unter das eigene aufzunehmen, durchaus nicht mit den allgemeinen Grundsätzen über Servituten in Einklang gebracht werden, s. Gabke Grundf. des Dorf- und Bauernrechts § 489. u. 495., Strampfer vom Hutrecht § 36. In dem Fall zu a) würde besonders die Affirmative zu Unordnungen führen, vielmehr wird zufällige Vermehrung oder Verminderung des Viehstandes einzelner Gemeindeglieder sich gegenseitig ausgleichen. In den Fällen zu b) u. c) würde man durch Zulassung von fremdem Vieh, namentlich der Kostschafe, immer in Widerspruch mit der Natur einer Realservitut gerathen, welche sich nicht in ein persönliches Recht umwandeln läßt. Es ist deshalb

wohl richtiger, das fremde Vieh, z. B. die Kostschafe, von der Weideservitut auszuschließen, s. Münter von der Koppelweide in Hagemann u. Günther's Archiv Thl. IV. S. 18., Hellfeld Jurispr. forens. § 679., Stryck Us. mod. Pand. Lib. VIII. Tit. 3. § 11. u. 12., Klein merkw. Rechtssprüche der Halleschen Juristenfacultät Bd. III. S. 55.

Eine andere Beschaffenheit mag es indessen mit den gutsherrlichen Schäfereien haben, welche als ein deutsches Grundrecht zu betrachten sind, Struben rechtl. Bedenken Bd. I. no. 122., Hofacker Princ. jur. civ. § 1092. no. 4., doch nur in so fern, als die Grundstücke im Obereigenthum des Schäfereibesitzers sich befinden; denn außerdem sind sie auch nur als Servituten anzusehen, Klein merkw. Rechtssprüche Bd. III. S. 62.

Man trifft auch zuweilen Schäfereien in Deutschland als lehenherrlich verliehene Gerechtsame ohne Verbindung mit Gütern an, als eine servitus anomala s. personalis, s. Klein l. c. S. 66., Horn Jurispr. feudal. Cap. VII. § 21., obwohl nach l. 4. D. 8. 3. im Zweifel eine serv. praedialis zu vermuthen ist, Runde Handb. des deutsch. Privatr. § 283., Danz zu Runde § 273. 282 ꝛc.

Zu 5) Nach l. 3. D. 8. 3. ist nur das im Gutsinventar begriffene Vieh als accessorium praedii dominantis in dem Recht der Prädialservitut begriffen. Rücksichtlich des Meng- und Setzviehes aber ist angenommen, daß es zum heilsamen Betrieb der Schäferei nothwendig zuzulassen sey, mithin kann dasselbe auch nicht als widerrechtliche Ausdehnung der Schäfereigerechtigkeit betrachtet werden; denn auch das Mengvieh wird ja auf dem praedio dominante durchwintert, Klein merkw. Rechtssprüche Bd. III. S. 74.*)

---

*) Zur Erläuterung dieser Materie ist Folgendes zu bemerken: Die meisten Schäfereien besitzen solche Personen, welche nicht selbst Schäfer sind, und ihr beträchtliches Capital liegt in den Händen eines Schäfers, von dessen mehr oder weniger umfänglicher Sachkenntniß, Erfahrung und Sorgfalt das Gedeihen oder der Ruin der Schäferei abhängt. Der Schäfer ist eigentlich der arte peritus. Die locatio conductio operarum zwischen ihm und dem Schäfereiherrn erfordert es daher, daß der opilio locator operarum möglichst in das Interesse des conductor operarum gezogen werde, und hierzu ist nichts geschickter als der Setzcontract; denn nun treffen die guten oder schlimmen Folgen der Behandlung seine eigenen Schafe mit, welche er bei dem Antritt seines Dienstes als Gemenge einbringt, Klein l. c.

Der Mengecontract kann doppelter Art seyn:

a) der Schäfer bringt in Natur einen Stamm Schafe (Knechtvieh) mit, welche unter die Schafheerde des Herrn eingemengt werden und an

Zu 6) Einige wollen die Lämmer schlechterdings, auch während der Säugezeit, von der Weide ausschließen, Andere streiten über die Zeit, wie lange der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks sie ungezählt auf der Weide zu dulden schuldig sey? Die richtigste Meinung scheint diejenige zu seyn, daß der Grundeigenthümer die Lämmer nicht länger, als bis zur Absetzzeit, welche zwischen Pfingsten und dem Johannistage eintritt, ungezählt auf der Weide zu dulden schuldig sey, s. Glück P. C. Bd. X. § 679. S. 179., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. S. 274.

Durch Hutrecesse und Observanz ist öfters bestimmt, daß die Lämmer ein ganzes Jahr, wie Leyser Sp. 158. Med. 11. Corr. 1. sogar als allgemeine Regel angibt, cf. l. 19. § 7. D. 19. 1., bis zur ersten Schur neben der festgesetzten Zahl mit auf die Weide getrieben werden dürfen; s. dagegen Hagemann Landwirthschaftsrecht § 314., Runde Beitr. Bd. I. no. 10.

---

der Stallung, Weide, Fütterung rc. Theil nehmen, s. Getmershausen Schafzucht, bearbeitet von Pohl. Thl. I. S. 455. (Ed. 3.), Weber Handb. der Viehzucht Bd. II. S. 295. Nur zu den außerordentlichen Ausgaben pflegt da der Mengeschäfer beizutragen. — Da jedoch auf diese Weise schlechteres Vieh unter die Heerde gebracht werden könnte, so finden wir die Naturaleinmengung häufig verworfen, daher pflegt

b) die Setzschäferei den Vorzug zu erlangen, wobei der Mengeschäfer eine Quote der Heerde, z. B. 1/10 nach einem gewissen Conventionalpreis bezahlt. Nehmen also z. B. die beiderseitigen Interessenten den Werth von 500 Stück sämmtlicher Schafe zu 2000 Thlr. (mithin das Stück zu 4 Thlr.) an, so zahlt der auf das Gemenge gesetzte Schäfer dem Eigenthümer der Schäferei 200 Thlr. als 1/10 von jenem Totalbetrag der 2000 Thlr. ein. Letzterer behält solche unzinsbar bis zum Abgang des Schäfers (Schafmeisters) an sich, zugleich als Caution; der Schäfer trägt, nach Verhältniß des eingemengten Antheils (z. B. nach 1/10), Verlust und Gewinn, bezieht also jährlich seinen Antheil von der Wolle, dem Märzvieh rc. Ein solcher Setzschäfer ist dem colonus partiarius der Römer vergleichbar. Der Schäfer bleibt Eigenthümer seines Einmengecapitals und hat im Concurs des Schäfereiherrn das Vindicationsrecht auf den eingemengten Theil der Schafe oder allenfalls des durch gerichtliche Subhastation der ganzen Heerde erzielten Erlöses, s. Reinhardt Ordnung der Gläubiger § 40. u. 41., sowie er auch seinen Antheil an der Wolle nicht verlieren kann, wenn im Mengecontract ausgemacht ist, daß der Schäfer beim Verkauf der Wolle seinen Antheil erhalten soll. Gründlich ist diese Materie erörtert in Weiske Handbuch des allgem. deutschen Landwirthschaftsrechts § 186. u. 187.

Zu 7) Das Pferchrecht ist nicht mit dem Schäfereirecht wesentlich verbunden, Stryck de jure cratium. Halae 1700. pag. 47., Gabke Grundſ. des Dorfrechts § 504. Am genauesten unterscheidet Scholz im Schäfereirecht § 27—29.:

a) Schafhaltung, als reinen Ausfluß des Eigenthums oder dessen Benutzung, gleichviel ob man Bürger oder Bauer, Pächter oder Eigenthümer von Gründen sey;
b) Schäfereigerechtsame, wenn nämlich der Schafhaltende den Grund und Boden oder die Gerechtsame eines Dritten berührt, namentlich was die ausschließliche oder gemeinschaftliche Hütung und Ernährung der Schafe auf fremdem Grund und Boden von fremdem Futter *) betrifft;
c) Schäfereistabrecht, welches dann entsteht, wenn unter bloßen Schafhaltenden oder in Verbindung mit Schäfereigerechtsamen auf der einen Seite das Recht, auf der andern die Verbindlichkeit, die Schafe dritter Personen unter die Obhut des Hirten zu nehmen und von fremden Schafen Vortheile zu ziehen, besteht.

Da das Pferchrecht keine Beschwerde, sondern ein Vortheil für die Grundbesitzer ist, so haben diejenigen, welche die Schafhut auf ihren Aeckern leiden müssen, hin und wieder eine Pferchservitut **) hergebracht. Wer das Pferchrecht besitzt, hat auch die Befugniß, seine Schäferhütte oder den Schafkarren auf des Andern Grund und Boden zu stellen, Hagemann Landwirthschaftsrecht § 316. und in den prakt. Erörterungen Thl. VII. S. 43.

Zu 8) Die Bezeichnung des gutsherrlichen Sitzes zu A. ist vielmehr für das praedium dominans, als für Bezeichnung des in dieser Beziehung indifferenten Wohnorts zu interpretiren, mithin das Servitutrecht nicht auf andere Güter zu extendiren. In rebus dubiis, quod minimum est, sequamur, besonders da im Zweifel mehr für die Freiheit, als für die Servitut, und bei dieser für die mindeste Belastung zu präsumiren ist, l. 20. D. 50. 17. — l. 29. D. 8. 3. Leyser Sp. 16. Med. 1. no. 2. Sp. 108. Med. 7. — Die Meinung einiger in Glück's P. C. Bd. X. S. 52. angeführter Schriftsteller, besonders Hufeland's Pand.-Compendium § 290. und Westphal de

*) Es gibt Schäfereigerechtsame, welchen bald mit, bald ohne Weide im Winter Futter geliefert werden muß.

**) Wie man sie jedoch nur uneigentlich benennt, da es blos eine Viehbenutzung ist, und dem servienti keine bloße Beschwerde, sondern auch von Vortheil ist, s. Scholz l. c. § 35., Hagemann l. c., Gabke Dorf- und Bauernrecht § 504.

libert. et servit. praed. § 524. etc., daß die Servitut auch auf einem andern Gute ausgeübt werden könne, wenn dem Eigenthümer des dienstbaren Guts kein Nachtheil daraus erwachse, widerlegt Thibaut in den Versuchen Bd. I. S. 11. Selbst eine ausdrückliche Verabredung, und um so mehr eine stillschweigende Einwilligung würde nur eine persönliche Obligation erzeugen, mithin einen Singular-Successor nicht binden, Glück l. c. S. 53.

Zu 9) Wenn hier die Frage entsteht, ob die Zahl der Stichschafe nicht vermehrt werden dürfe, so wird mit Leyser Sp. 108. Med. 10. zu statuiren seyn, daß eine solche servitus indeterminata, nach dem jederzeitigen Bedürfniß der Metzgerzunft, für concedirt zu erachten sey.*) Analog spricht dafür l. 23. D. 8. 2., wonach die serv. ne luminibus officiatur nicht allein von den zur Zeit der constituirten Dienstbarkeit bestehenden, sondern auch von künftigen Fenstern verstanden werden darf. Dem scheint auch nicht l. 22. D. 8. 3. entgegen zu stehen; — dort wird nämlich bei einer, ohne nähere örtliche Bestimmung, über mein Landgut eingeräumten Wasserleitungsservitut angenommen, daß nur die zur Zeit der Constituirung mit Gebäuden, Bäumen und Weinpflanzungen besetzten Stellen als von der Dienstbarkeit ausgenommen angesehen werden. Daß hier auf die Zeit der Constituirung der Dienstbarkeit gesehen wird, hat offenbar einen ganz andern Grund. —

Zu 10) Diese Frage ist in der Regel verneinend zu beantworten;**) s. Klein merkw. Rechtssprüche Bd. III. S. 81 ꝛc., Hagemann Landwirthschaftsrecht § 311., Struben rechtl. Bedenken Thl. IV. no. 117. § 2.; daher da, wo die Dorfbewohner das Recht haben, Schafe auf die Weide zu bringen, der schäfereiberechtigte Gutsbesitzer seinen Schafstand so einrichten muß, daß den Schafen der Dorfgemeinde ihr Weidebedarf in der Ortsflur nicht entzogen wird, s. Hagemann l. c. § 313., Struben rechtl. Bedenken Thl. IV. no. 117. § 3., Seuffert Beiträge S. 104. lit. d. Man kann daher, in Ermange-

---

*) Der vermuthliche Wille der Constituenten dürfte jedoch in so weit als maßgebend gelten, daß, wenn durch außerordentliche, nicht vorherzusehende veränderte Umstände das Bedürfniß des berechtigten Subjects sich vergrößert hat, die Servitut nicht nachträglich so weit ausgedehnt werden dürfe, wie sie beim Daseyn dieser Umstände vom Anfang an hätte ausgeübt werden können, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 2:0.

**) Das preußische Landrecht Thl. I. Tit. 22. § 146. nimmt jedoch die Schäfereigerechtigkeit dann für ein Regal oder für ein Vorrecht der Gutsherrschaften in der Regel an, wenn die Befugniß, Schafe auf der ganzen Feldmark zu hüten, besteht.



lung besonderer Landesgesetze, nicht, wie v. Beneckendorf Oecon. for. Lib. VIII. Cap. 12. § 7. und v. Bülow in den Beiträgen S. 75. will, behaupten, daß in Deutschland überhaupt die Schäfereien nur den Gutsherren zu exerciren zuständе, die Bauern aber vom Halten eigener Schafe auszuschließen seyen, so lange sie nicht eine landes- oder gutsherrliche Concession erlangt haben, Struben rechtl. Bedenken Thl. I. no. 122., Danz Handb. des deutsch. Privatr. § 254. u. 288., Klein merkw. Rechtssprüche der Halleschen Juristenfacultät Bd. III. S. 79., Scholz das Schäfereirecht § 14., welcher auch das Recht, einen eigenen Hirten zu halten, jedem Schafhaltenden vindicirt, l. c. § 31., wo nicht besondere Verordnungen entgegenstehen.

Zu 11) Hierüber sind die Meinungen verschieden. Man unterscheidet zunächst, ob die Servitut in Ansehung der Stückzahl des Viehes determinirt ist oder nicht. Im ersten Fall ist wohl allgemein angenommen, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks dem Servitutberechtigten im Collisionsfall weichen müsse, eatenus ab usu juris mei excludor, quatenus id alteri in meo concessi, Struben rechtl. Bedenken Thl. IV. no. 117. § 3., Thibaut System des P. R. § 608. der älteren Ausgaben.*) Desto getheilter sind aber die Meinungen im zweiten Fall. Nach Einigen müßte der Servitutberechtigte zurückstehen, Stryck Us. mod. Lib. VIII. tit. 3. § 15. de Selchow Elementa juris priv. Germ. hodierni § 454., Hellfeld Jurispr. for. § 679., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. VIII. tit. 3. § 9., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1105. Andere statuiren umgewandt, daß der Grundeigenthümer so lange zurückstehen müsse, als der Servitutberechtigte für diejenige Anzahl Viehes, welche er mit eigenem gewonnenen Futter auszuwintern vermag, nicht hinlänglich Weide findet, Danz Handbuch des deutsch. Privatrechts Thl. II. S. 527.,

*) Die Frage: ob auch die Bestimmung der Anzahl des zur Weide gebrachten Viehes und hierdurch der Erwerb der Befugniß, die Mithut des Eigenthümers im Collisionsfall auszuschließen, durch Verjährung geschehen könne, wurde von d. O. A. G. des Königr. Bayern dahin entschieden, daß dieses nur dann und in so weit geschehen könne, als sich der Hutberechtigte einmal der Ausübung der Mithut widersetzte, und sich der Eigenthümer dabei die Verjährungszeit hindurch beruhigt hat, vergl. Kind Qu. for. T. II. c. 33. Wenn der Weideberechtigte den Eigenthümer von der Mithut ausschließen will, so ist die Nichtausübung des Letzteren kein zureichender Erwerbsgrund, sollte sie auch die Verjährungszeit umfassen; denn das Mithüten des Eigenthümers ist res merae facultatis, Glück P. C. Bd. X. S. 180., Kind Qu. for. T. II. c. 33., Erk. des O. A. G. zu Jena in Emminghaus Pand. S. 477. no. 12.

v. Bülow u. Hagemann Thl. III. S. 300., Hagemann Landwirthschaftsr. § 301., v. Beneckendorf Oecon. for. T. I. Cap. 1. § 110., Gmelin u. Elsässer gemeinnützige Beobachtungen u. Rechtsfälle Thl. III. S. 210. Eine dritte Meinung macht sich Seuffert in den Beiträgen rc. S. 103. no. 28 c. und Eichhorn im deutsch. Privatr. § 180. not. e., jedoch mit der Modification, daß Erhöhung des Viehstandes durch verbesserte Wirthschaft den Eigenthümer niemals zu einer Beschränkung der Servitut berechtige, ferner Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 188. und Glück im P. C. Bd. X. § 680. S. 180. eigen, von welcher sie behaupten, daß sie in der Praxis fast durchgehends angenommen sey, nämlich, daß das Recht auf beiden Seiten gleich sey,*) mithin beide Theile ihre Heerden nach dem Urtheil der Oekonomieverständigen verhältnißmäßig reduciren müßten. Manche Rechtslehrer machen noch einen Unterschied, je nachdem die Weideservitut durch Vertrag oder Verjährung erworben worden ist, und statuiren, daß im letzteren Fall der Eigenthümer zurückstehen müsse, weil er die Folgen seiner Nachlässigkeit zu tragen habe, im ersten Fall aber dem Eigenthümer die clausula rebus sic stantibus zu Statten komme, s. Münter Weiderecht § 64. Strenge Consequenz führt uns wohl dahin, mit v. Vangerow Pand. Bd. I. § 340. not. 2. no. 4., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 343. (§ 64.), Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 3. th. 9. not. 5., Stryck Us. mod. Pand. Lib. VIII. tit. 3. § 15., Kind Qu. for. T. I. cap. 48. dem Servitutberechtigten den Vorzug einzuräumen. Es scheint nämlich, wie schon Gmelin u. Elsässer in den gemeinnützigen Beobachtungen u. Rechtsfällen Thl. III. S. 210. bemerkt, ganz einerlei, ob bei Constituirung der Weideservitut der Viehstand determinirt worden ist, oder nicht: denn im letzteren Falle gilt die von dem Berechtigten aus eigenem Gutserzeugniß zu überwinternde Quantität des Viehes, und dieser freiwillig vom Constituenten der Servitut übernommenen Last kann sich derselbe eben so wenig, als der determinirten Servitut entschlagen. Auch kann hier das Princip: servitutibus civiliter utendum est nichts entscheiden; denn die rechtliche Gränze des Servitutrechts erstreckt sich einmal bis auf den Umfang des Bedarfs des herrschenden Guts; der Berechtigte kann daher nicht verbunden seyn, etwas aufzugeben, um dem Verpflichteten das rechtlich

*) Man beruft sich dafür auf l. 6. C. 3. 34. und l. 13. § 1. D. 8. 4.; allein in beiden Stellen ist blos von einem Recht der Gewohnheit die Rede, welche vernünftiger Weise nicht anders ausgelegt werden konnte. Aber auf den Fall einer erworbenen Gerechtigkeit scheint dies nicht ausgedehnt werden zu können, s. Gesterding Ausbeute Thl. VI. Abthl. 1. S. 71.

begründete onus zu erleichtern. Eben so wenig kann die l. 13. § 1. D. 8. 3. hieher gezogen werden; denn sie handelt nicht von einer wahren Servitut, sondern nur von einem durch Gewohnheit aufgekommenen Recht, daß aus einem gewissen Steinbruch ein Jeder, welcher will, gegen Erlegung eines Grundgeldes an den Eigenthümer Steine brechen dürfe. Jedoch wird man das vom Preußischen Landrecht Th. I. Tit. 22. § 103. adoptirte Princip, welches Thibaut im System des P. R. § 750. (Ed. 8.) auch als gemeinrechtlich vertheidigt, wenigstens der Billigkeit am gemäßesten finden, daß nämlich beide Theile ihre Heerden verhältnißmäßig zu reduciren verbunden seyen. Denn wenn gleich bei Constituirung der Dienstbarkeit dem Constituenten der ökonomische Bedarf des herrschenden Guts, als quantitative Norm, vorschweben mußte, so lag doch immer die stillschweigende Voraussetzung des eigenthümlichen Benutzungsrechts — weil dieses rechtlich durch die Servitut nicht ausgeschlossen ist — zum Grunde, und wenn durch Elementareinflüsse der Weideplatz die frühere Ergiebigkeit verloren hat, so wird der Zufall nicht nur Einem von Beiden belastet werden können.

Zu 12) In so fern nicht durch Observanz oder Verjährung eine weitere Ausdehnung der berechtigten Vieharten begründet ist, begreift die Hut in der Regel nur alles Zug- und Hornvieh und Schafe. Hagemann Landwirthschaftsr. § 297.

Zu 13) Er darf, wenn die Hutgerechtigkeit durch Verjährung erworben ist, dieselbe nur mit den Vieharten ausüben, welche seit rechtsverjährter Zeit auf die Weide gebracht worden sind;*) Glück P. C.

*) Zur Anschaulichmachung der hier vorgetragenen Sätze mag folgender Rechtsfall dienen: Die Schafhofbesitzer in R. hatten früher eine Schafhutgerechtigkeit auf der Flurmarkung H. Nachdem aber die Gemeinde H. dieselbe abgelöst hatte, fiel es den 5 Großbegüterten der Gemeinde H. ein, eine gemeinschaftliche Schafheerde von 130 Stück zu halten, und damit in der Flurmarkung H. nicht nur ihre eigenen Grundstücke, sondern auch die Gemeindeänger zu behüten. Da nun aber den sämmtlichen Gemeindegliedern von H. das Hutrecht mit Rindvieh auf der Flurmarkung H. zustand, so erachteten diese sich hiedurch für beeinträchtigt, weil bekanntlich neben der Schafhut eine Rindviehhut nicht wohl bestehen kann. Die 5 Großbegüterten behaupteten dagegen, die Behütung ihrer eigenen Grundstücke und der Gemeindeänger sey ein Ausfluß ihres Eigenthums- resp. Miteigenthumsrechts, und siegten mit dieser Behauptung in zwei Instanzen; allein mit besserem Grund entschied die dritte Instanz gegen sie. Denn unbestritten war das Recht sämmtlicher Gemeindeglieder zu H., ihre eigenen Grundstücke in der Flurmarkung gegenseitig zur Rindviehhut zu benutzen. Bei einer solchen Rechtsgemeinschaft gilt der Grundsatz, daß kein Theilhaber ohne Zustimmung der Uebrigen in

Bd. X. S. 172., wovon jedoch das Preuß. Landr. Th. I. Tit. 22. § 101—107. dann eine Ausnahme macht, wenn er durch Zufall oder vis major eine Zeitlang genöthigt war, eine andere statt der bisherigen Viehart zu halten. Immer aber muß er sich schädlicher Vieh						arten enthalten, wie denn z. B. Schweine wegen des Umwühlens und Gänse wegen ihres ätzenden Düngers auf den Wiesen nicht geduldet zu werden pflegen. Glück l. c., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. VIII. tit. 3. § 10., Rüdiger allgemeine Staatslehre Th. II. S. 26., Weiske Handb. d. Landwirthschaftsr. § 189. u. 192.

Zu 14) Ganz uneigentlich begreifen Manche auch das Mitweiderecht des Eigenthümers neben dem Servitutberechtigten unter der Benennung Koppelweide. Auch das Compascuum der Gemeindeglieder auf den Gemeindegründen darf durchaus nicht damit verwechselt werden, wenn gleich das Weiderecht von der universitas den Einzelnen nach Art einer Prädialservitut constituirt wird; denn solches besteht doch mehr in der Art einer Communion, und hat seinen Grund lediglich in der Gemeindeverfassung. Für den gewöhnlichen Begriff von Koppelhut bleiben dann noch folgende Fälle übrig:

a) Das jus compasculationis reciprocum als eine mutua servitus, wenn die Glieder einer Gemeinde sich auf ihren Privatgründen innerhalb der Ortsflur gegenseitig das Weiderecht einräumen, so daß die ganze Flur, in Beziehung auf das Weiderecht, nun wie ein Gemeindegut benutzt wird, oder auch wenn zwei Gemeinden sich gegenseitig das Weiderecht auf ihren Gemeindegründen einräumen;
b) wenn Mehreren das Hütungsrecht auf den Grundstücken eines Dritten zusteht, s. Eichhorn D. Privatr. § 179.

Das vorbeschriebene jus compasculationis reciprocum der Dorfbewohner unter sich, welches aus der gemischten Lage ihrer Privatgründe

---

Bezug auf den Gegenstand der Gemeinschaft irgend etwas vornehmen darf, was dem anderen Mitberechtigten zum Nachtheil gereicht, l. 28. D. 10. 3. — l. 11. D. 8. 5. Allgemein anerkannt aber ist es, daß das Hüten mit einer Schafheerde auf Plätzen, wo Rindvieh gehütet wird, letzterer Hut zum großen Nachtheil gereicht. — Das gegenseitige Beweidungsrecht der Gemeindeglieder ist durch den ökonomischen Bedarf des berechtigten Gutes begränzt. Etwas ganz Anderes ist aber ein Schäfereirecht, d. i. das Recht, Schafe zur Wollzucht zu halten. Eine Befugniß, neben der Koppelhut (jus compasculationis reciprocum) auf dem pflichtigen Lande eine Schäferei zu halten, läßt sich aus dem Eigenthume allein nicht rechtfertigen, sondern es müßte ein besonderes, das Rindviehhutrecht der Gemeindeglieder beschränkendes Schäfereirecht erworben seyn, s. Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XVII. S. 225.

fast nothwendig entstanden ist, weil selten Einer derselben seine eigenen Grundstücke zur Weide benutzen könnte, ohne das Grundstück des Nachbars zu berühren, wollen Viele nur als ein precarium gelten lassen, weil es blos in einer gegenseitigen Convenienz seinen Grund hat, welche nicht von unveränderlicher Natur ist; Denecken Dorf- und Landrecht Th. I. S. 193., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 3. § 6., Danz Handb. d. D. Privatr. Bd. II. § 283., Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 212., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1105., Münter Abh. v. d. Koppelweide § 3. in Hagemann u. Günther Archiv Th. IV. no. 2. und diese Meinung entspricht ohne Zweifel dem Römischen Recht; allein die große Verschiedenheit der deutschen Ackerwirthschaft von den dem R. R. zu Grunde liegenden Grundsätzen der Ackerökonomie, nach welchen das compascuum in agris als eine der Ackerwirthschaft schädliche Einrichtung betrachtet wurde, während sie bei uns häufig zur Nothwendigkeit geworden ist, macht eine vorsichtige Anwendung des R. R. nothwendig, s. Klein merkw. Rechtssprüche Bd. I. S. 351. Es ist daher, wie Glück l. c. Bd. X. S. 186. bezeugt, in Praxi angenommen, daß derjenige, welcher ein precarium behauptet, solches in diesem, wie in anderen Fällen beweisen müsse; s. auch Thibaut P. R. § 754. (Ed. 8.), Eichhorn D. Privatr. § 179., Hagemann Landwirthschaftsr. § 303. Gründet sich dieses gegenseitige Weiderecht auf Vertrag oder Verjährung, so kann ohnedies nicht mehr von einem precären Recht die Rede seyn. Münter von der Koppelweide § 3., Danz Handbuch d. D. Privatrechts Th. II. § 283., Glück l. c. Bd. X. S 187., Leyser Sp. 108. Med. 11. Das preuß. Landr. Th. I. Tit. 22. § 135. hat im Wesentlichen dieselben Grundsätze angenommen, indem es statuirt: ein precarium sey nur dann anzunehmen, wenn die gegenseitige Behütung nicht regelmäßig und beständig, sondern nur zuweilen und bald auf diesen, bald auf jenen Stücken stattgefunden hat.

In der Regel kann daher ein solches wechselseitiges Hutrecht nicht einseitig aufgehoben werden, und der Grundsatz, daß Niemand in einer Gemeinschaft zu bleiben wider seinen Willen gezwungen werden könne, keine Anwendung auf die mutua servitus leiden, s. Schmidt hinterl. Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 299.

Die Koppelhutberechtigten müssen sich daher gegenseitig in der Art einschränken, daß Keiner solche Veränderungen und Umgestaltung des Grund und Bodens vornehmen darf, wodurch der rechtmäßige Gebrauch der Weideservitut aufgehoben, verhindert oder geschmälert würde. Ueberhaupt gelten alle von der Hut im Allgemeinen aufgestellten Grundsätze auch von der Koppelhut. Hagemann l. c. § 303.

Bei der Koppelhut muß häufig das Recht, einen eigenen Hirten zu halten, besonders erworben werden. Sächs. Landr. Bd. II. Art. 54., Hagemann Landwirthschaftsr. § 299. Ueber Hute, Mithute, Koppelhute s. vorzüglich Scholz Schäfereirecht S. 39—42.; desgl. über Schafhirten, Setz- und Mengschäferei Weiske Landwirthschaftsr. § 184. 186. Ueber den Nothweg zum Tränken der Schafe s. oben Kap. II. § 3. Fr. 2. S. 134.

Zu 15) Jeder darf nur so viel Vieh zur Weide bringen, als er zu seiner Gutsökonomie braucht, nicht also Vieh, welches zum Handel bestimmt ist, oder Pferde, die Jemand als Frachtfuhrmann hält. — Der ökonomische Bedarf eines Gemeindeglieds ist nur aus dem Gute zu bestimmen, welches dasselbe eigenthümlich oder pachtweise in andern Feldmarken besitzt, s. Hagemann l. c. S. 576.

Zu 16) Man pflegt die doppelte Breite eines Fahrwegs, mithin nach l. 23. D. 8. 3. etwa 16 Fuß anzunehmen. Sind aber die Heerden groß, oder ist es der Fall, daß sie mit Fuhrwerk zusammentreffen können, so rechnet man 16—32 Fuß Breite und für große Schäfereien noch mehr. Hagemann l. c. § 308.

Zu 17) Keineswegs; selbst nicht durch unvordenkliche Verjährung. Illa, quae naturaliter licent, per diuturnum non-usum illicita non fiunt. Leyser Sp. 108. Med. 4., Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VI. S. 75., Glück P. C. Bd. X. S. 181., Seuffert Beitr. S. 103.

Zu 18) An vielen Orten ist zwar der Anfang der offenen Zeit nach Kalendertagen bestimmt, aber auch da kann die Rücksicht auf den Einfluß der Witterung und auf die Eigenthümlichkeit der gebauten Fruchtart nicht absolut auf die Seite gesetzt werden. Dies aperit pastum, quatenus messis absoluta et perfecta est. Biener Opusc. academ. T. I. pag. 101. Ungebührliche Zögerungen müßte der Weideberechtigte mittelst obrigkeitlicher Hülfe abstellen lassen. Die Beweidung der Wiesen und Felder kann daher immer erst nach abgeräumter Frucht stattfinden. Struben rechtl. Bed. Th. I. no. 165., Münter Weiderecht § 63. u. 91., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. I. S. 123. Bd. II. S. 296., Glück P. C. Bd. X. S. 175. Doch ist derjenige, welcher eine der Hut unterworfene, bisher einmädige Wiese zweimädig machen will, solches nur in so weit befugt, als er im Stande ist, die zweite Erndte vor dem Eintritt der durch Verordnungen und Herkommen bestimmten Hutzeit zu vollenden, Struben rechtl. Bed. Thl. IV. no. 153.

Wenn nun übrigens eine strenge Bindung an den Kalendertag dem Wiesenseigenthümer und seiner eigenthümlichen Wiesenbenutzung nicht zum Abbruch und Nachtheil statuirt werden darf, so scheint umgewandt solche

Bindung auch nicht zum Nachtheil des Hutberechtigten statuirt werden zu dürfen. Indessen ist hier die Sache mehreren Zweifeln unterworfen; z. B. bei der Gemeinde A. besteht das Hütungsrecht auf den im Eigenthum einzelner Gemeindeglieder befindlichen Wiesen dergestalt, daß dessen Ausübung mit dem Sct. Gallustag beginnt. Mehrere Wieseneigenthümer hatten aber schon früher die Heu- und Grummeterndte beendigt und hüteten nun bis zum Sct. Gallustag ihre eigenen Ochsen auf denselben; dies wollten nun diejenigen Gemeindeglieder, welche wenig oder keine eigenen Wiesen besitzen, nicht dulden, sondern traten klagbar auf, behauptend, daß jene ihre Wiesen ohne weitere Benutzung bis zum Gallustag zur Hut und Weide des Gemeindeviehes liegen lassen müßten. Sie stützten sich darauf:

1) daß die der Hut unterworfenen Wiesen keine andere Benutzung für den Eigenthümer zuließen, als daß er sein Heu und Grummet einerndte; wenn er aber selbst die Behütung derselben als zulässig erkenne, die gemeine Hut und Weide eintreten müsse, wobei er keinen Vorzug, sondern nur die Mithut habe, und

2) in seiner Eigenschaft als Gemeindeglied verbunden sey, sich den Dienstbarkeiten zu unterwerfen, welche die Gemeinde auf den Grundstücken ihrer Mitglieder zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes auszuüben habe, und welche durch das Herkommen bestimmt seyen, wornächst noch

3) in Betracht komme, daß zu keiner Zeit Jemand sein Vieh allein hüten könne, vielmehr solches polizeiwidrig sey.

In einem in Schmitd's hinterl. Abh. praktischer Rechts-Materien Th. II. S. 373. erzählten Rechtsfall findet man gleichwohl die Kläger unterliegend, und diese Entscheidung scheint sich durch das Princip der strengen Auslegung, welchem diese Servituten unterworfen sind, zu rechtfertigen. Ist demnach die Servitut in der Zeit beschränkt, so kommt es nicht so viel auf den Grund dieser Zeitbestimmung an, und der Servitutberechtigte kann, so lange sein Recht nicht beginnt, den Eigenthümer von keiner Art der Selbstbenutzung oder der Ausübung der Eigenthumsrechte ausschließen. Auch kann ihm bloße Unterlassung solcher Benutzungsart durch lange Zeit nicht schaden; Crell D. de fructibus pratorum ante tempus pascendi perceptis § 3. pag. 19. Da dem Eigenthümer die Benutzung seiner Wiese bis zum bestimmten Tag der Eröffnung der Hut überhaupt freisteht, so ist darin auch jede Art und Weise der Benutzung seiner Frucht begriffen. Was übrigens das Einzelnhüten betrifft, so versteht es sich, daß er polizeilicher Anordnung hierin unterworfen ist.

Wer zur Stoppelhütung berechtigt ist, kann aber auch den Eigenthümer nicht hindern, das Stoppelfeld gleich nach der Erndte umzuackern, wenn er nicht einen besondern Rechtstitel hat; Biener l. c. pag. 108 u. 109., Seuffert u. Glück l. c. Bd. II. S. 398. no. 2. Das Pflügen der Saatfurche ist als der Zeitpunkt der Ackerbestellung anzunehmen. Er kann auch eben so wenig dem serviens nach Eintritt der offenen Zeit die für die Cultur des nächsten Jahres zu treffenden Vorbereitungen, insbesondere das Umackern, Pflügen, Düngen und Besämen verwehren, Seuffert u. Glück l. c. Bd. I. S. 123., Kind qu. for. (Ed. 2.) T. II. Cap. 37.: ne per servitutem commoditas et usus rei propriae domino adimatur, l. 13. in f. D. 8. 4.

Zu 19) Man muß hier auf das Princip zurückgehen, daß schädliche Weide nicht zu dulden ist. Futterkräuter jeder Art, welche auf dem geackerten Felde aus Saamen erzielt werden, sind als Frucht zu betrachten, so lange noch aus der geschehenen Bestellung eines Feldes Früchte zu erwarten sind, und diese gehören dem Eigenthümer. Neque enim vel Calendarium, vel dies tempus apertum facit, sed dominus praedii, qui fructus ex semine sparso ita percepit, ut ne alius inde speretur. Quamdiu igitur fructus ex semine sparso speratur, tamdiu ager pro clauso judicatur; Biener l. c. pag. 105. Wenn indessen der Eigenthümer selbst das Kleefeld zur Weide benutzt, so kann er freilich auch den Servitutberechtigten nicht davon abhalten; Seuffert u. Glück l. c. Bd. II. S. 399. no. 3.; auch muß das Herkommen beachtet werden.

Zu 20) In der Weidegerechtigkeit ist zwar das Triftrecht nothwendig enthalten, letzteres kann aber auch allein bestellt werden, und unterscheidet sich dann von ersterer dadurch, daß beim bloßen Viehtrieb der Hirt auf fremdem Grundstück mit seiner Heerde weder halten, noch auf und nieder treiben darf, sondern die Trift in einem Zuge fort verrichten muß; Glück P. C. Bd. X. S. 169.

Zu 21) Das Herkommen wird hierüber zunächst entscheiden. Gewöhnlich wird der Pfarrer als Membrum, der Gutsherr als caput communitatis betrachtet; Cramer Wetzlarische Nebenstunden Th. V. S. 121., Boehmer jus Paroch. Sect. II. Cap. I. § 29., Leyser jus Georg. Lib. III. Cap. X. no. 8. In Ansehung des Gutsherrn als solchen aber ist es — ob er gleich die Gemeindeherrschaft hat — bestritten; Brunnemann ad l. 1. C. de pasc. publ. no. 3. u. 4.

Zu 22) Der Stabführende hat gewöhnlich das Recht, zu verlangen, daß von Seite der Zutreibenden nicht allein jedes Alleinhüten unterbleibt, sobald sein Hirt die Hute eröffnet, und so lange er sie fort-

setzt, sondern auch, daß die Zutreibenden in dem Theilen *) und Weiden der Haufen nur seinem Hirten folgen. Er hat das Recht, die bestimmten Vortheile, wohin namentlich und jetzt vorzüglich der Hürdenschlag ganz oder theilweise, oft auch die Milch- und Geldvergütungen gehören, sich zuzueignen. Dagegen liegt ihm aber in der Regel die Verbindlichkeit ob, auf das Hüten, Weiden und die Gesundheit des fremden Viehes dieselbe Sorgfalt zu wenden, als auf sein eigenes, also den durch Verwahrlosung entstandenen Schaden zu ersetzen. Er ist gewöhnlich verbunden, die zugetriebenen Schafe da weiden zu lassen, wo die seinigen weiden; er hat die hergebrachte wirthschaftliche Ordnung, z. B. Sonderung der Haufen, Begattung u. s. w. zu befolgen, und muß nicht allein die zur Begattung erforderlichen Böcke halten, sondern auch Hürden, Hunde und Schäferkarren, als Mittel zum Zweck; Scholz Schäfereirecht § 35. Doch finden sich in einzelnen Ländern gar viele Abweichungen von dem, was hier als Regel angenommen ist; s. Hagemann Landwirthschaftsr. S. 594., Gabke Dorf- und Bauernrecht § 507. — mehrerer polizeilicher Reglementairbestimmungen nicht zu gedenken.

Zu 23) Der Schäfereiherr ist in der Regel zu Beidem berechtigt, s. Struben rechtl. Bedenken Th. IV. no. 117. § 7. Aber zur Saathütung mit den Schafen bei gefrorener Saat ist derselbe auf fremden Aeckern nicht anders befugt, als wenn ihn Vertrag oder rechtsgültiges Herkommen dazu berechtigen, und auch in diesem Fall darf doch der jungen Saat kein Schade durch diese Behütung, z. B. durch das Auftreiben bei nasser Witterung, zugefügt werden; Kind Quaest. for. T. II. pag. 324., vergl. preuß. allgem. Landr. Th. I. Tit. 22. § 165., Wunn und Weide, ein Versuch urkundlicher Forschung von Zeerleder v. Steinegg. Frauenfeld 1841.

Anmerkung. Von mehreren anderen Rusticalservituten, z. B. calcis coquendae, jus cretae eximendae, lapidis eximendi, arenae fodiendae sind keine besonderen Eigenthümlichkeiten zu bemerken. Die allgemeinen Grundsätze sind auch über sie entscheidend, sowie über andere nicht gerade mit technischen Ausdrücken bezeichnete Servituten, z. B. das Recht, Früchte auf dem Landgut des Nachbars einzusammeln und aufzubewahren; das Recht, bei Benutzung eines Steinbruchs Erde, Schutt (rudus) und Steinmassen auf das dienende Grundstück zu werfen, und bis zur Fortschaffung da liegen zu lassen; das Recht, eine Hütte

---

*) Das Theilen der Heerde in verschiedene Haufen ist im Allgemeinen dem Weideberechtigten nicht zu verwehren; v. Benekendorf Ausz. aus dessen Oecon. for. III. S. 984., Hagemann Landwirthsch. R. S. 342.

(tugurium) als Zufluchtsort bei der Ausübung der Hutungsgerechtigkeit oder Viehtränke auf dem dienenden Grundstück zu haben, l. 1. § 1. l. 3. § 1. u. 2. l. 5. § 1. l. 6. § 1. D. 8. 3. u. dgl. mehr.

---

§ 3. Servitutes praediorum urbanorum. *)

Nachdem von den gesetzlichen Beschränkungen des Baurechts bereits im Kap. II. § 1. s. oben S. 70. gehandelt worden ist, so ist hier

---

*) Die Fundamentalsätze der Servitutenlehre sind auch hier außer Streit. So z. B. daß in allen Fällen der Eigenthümer des herrschenden Guts die an dem Gegenstand der Servitut nöthigen Reparaturen zu bestreiten habe, l. 6. § 2. D. 8. 5., so daß selbst eine entgegengesetzte Verabredung bei Constituirung der Servitut wenigstens den successor singularis nicht verbinden würde, weil aus Obligationen — auch wenn das pactum rücksichtlich eines gewissen Grundstücks eingegangen wurde, s. l. 81. § 1. D. 18. 1. — l. 136. § 1. D. 45. 1., immer nur eine persönliche Klage gegen den sich verpflichtenden, aber keine Realklage gegen jeden dritten Besitzer entspringt, l. 3. pr. D. 45. 1. Dagegen glaubte man zwar einen Widerspruch in der Bestimmung der Gesetze bei der serv. oneris ferendi, s. oben S. 278. § 1. Fr. 12., zu finden, nach welcher der Eigenthümer des dienenden Guts die dienende Mauer in ordentlichem baulichem Stand erhalten muß, und v. Buchholz in s. Versuchen S. 51. glaubt, daß diese Verbindlichkeit sich nicht aus der Natur der Servitut, sondern nur ex pacto herleiten lasse. Allein die Verschiedenheit liegt hier nicht in den Rechtsgrundsätzen, sondern in dem Inhalt der Servitut, welcher dahin geht, daß der serviens eine zur Tragung meines Gebäudes taugliche Mauer prästirt. Ganz natürlich muß er also, wenn diese untauglich wird, die ursprüngliche Tüchtigkeit wieder herstellen, wie es die übliche Begründungsformel mit sich brachte: paries oneri ferendo uti nunc est, ita sit. Immer unterhält aber der serviens nur seine eigenthümliche Mauer, dagegen der Eigenthümer des herrschenden Gebäudes dieses selbst stützen muß, wenn er es während einer Reparatur der dienenden Mauer nöthig findet; vergl. Mühlenbruch im civil. Archiv Bd. XIV. S. 331., Elvers röm. Servitutenlehre H. 1. S. 52. Der Inhalt dieser Servitut unterscheidet sich wesentlich von der serv. tigni immittendi, wo der serviens nur die tigna in seine Mauer einzulassen schuldig ist, während diese mit ihrer Last doch immer auf dem praedium dominans ruhen. Eine Nothwendigkeit, die dienende Mauer in ordentlichem Baustand zu erhalten, liegt daher hier nicht so wesentlich in dieser Servitut, daß selbst deren Bestehen dadurch bedingt wäre, wie bei der serv. oneris ferendi. — Eben so zeigt sich bei dieser eine wesentliche Verschiedenheit von der serv. viae. Wenn bei dieser die Reparatur des Weges nicht dem serviens, sondern dem dominans obliegt, so ist dies ganz natürlich. Der serviens hat nur den Grund und Boden in seinem Naturzustand prästirt, und dieser bleibt immer, er sei nun gut oder schlecht, da-

nur von solchen die Rede, welche durch Constituirung einer Servitut entstehen. Bemerkenswerth ist dabei die Erscheinung, daß in mehreren Gesetzen das Umgekehrte einer serv. praed. urban. wieder als Servitut hervortritt, z. B. neben dem jus altius non tollendi auch eine serv. oder jus altius tollendi, neben der serv. ne luminibus officiatur ein jus officiendi luminibus, und neben der serv. stillicidii avertendi ein jus stillicidii non avertendi. Ueber die verschiedenen Erklärungsarten ist vorzüglich zu vergleichen: v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 664. und Puchta Pand. § 184. S. 263. nebst der dort angeführten Literatur. Für die Anwendung der Gesetze, welche unsere Hauptaufgabe ist, beschäftigen uns zunächst folgende Fragen:

1) Worin besteht die servitus luminum?
2) Was begreift die servitus stillicidii seu fluminis recipiendi vel avertendi in sich?
3) In wie fern ist die serv. cloacae in Ansehung ihres Gebrauchs eingeschränkt?
4) Kann der Inhaber der serv. oneris ferendi an einer Mehreren gemeinschaftlichen Mauer die Eigenthümer derselben in solidum oder nur pro rata auf die nöthigen Reparaturen belangen?
4a) Wenn über die Art und Weise der Reparatur der dienenden Mauer Streit entsteht, wonach ist die Entscheidung zu bemessen?
5) Ist es bei einem in unbestimmter Art eingeräumten Tramrecht dem Servitutberechtigten erlaubt, mehrere Balken einzulegen als zuvor?
6) Wenn Jemand einen Erker oder dergleichen projectum nicht gegen das Nachbarhaus, sondern auf die Straße zu richtet, kann sich der Nachbar auch da beschweren?
6a) Ein projectum kann auch dadurch entstehen, daß die Hauswand meines Nachbars sich gesenkt hat, und nun in mein

---

gegen der Bestand einer Mauer durch eine fortwährende conservative Thätigkeit eines sorgfältigen Hausvaters bedingt ist. Diese gehört zu den Lasten des Eigenthums, welche der Servitutberechtigte ihm nicht abzunehmen schuldig ist, wofern ihm nicht der serviens seine Mauer ganz überlassen will, was ihm allerdings frei steht, l. 6. § 2. l. 8. § 2. D. 8. 5.; s. Puchta Cursus der Institut. Bd. II. S. 742. not. e., Mühlenbruch im civil. Archiv Bd. XIV. S. 321., Glück P. C. Bd. X. S. 22,

Grundstück sich herüber lehnt; — kann ich dann auch die Negatorienklage deshalb anstellen?

7) Darf Derjenige, welchem die servitus non altius tollendi auferlegt ist, nicht Altanen mit Bäumen und Gesträuchen über diese Höhe aufsetzen?

8) Das Erforderniß der Vicinität bei Servituten beruht hauptsächlich darauf, daß nichts dazwischen liegen darf, was die Ausübung der Servitut hindert; es kann daher die serv. altius non tollendi auch gegen einen entfernteren Nachbar Platz greifen, wenn das Haus des dazwischen liegenden Nachbars niedriger ist; sie muß aber aufhören, wenn dieser sein Haus höher baut, wie ihm, wenn ihm keine Servitut auferlegt ist, freisteht; wie aber, wenn er sein Haus abträgt oder erniedrigt, wacht dann die gegen den entfernteren Nachbar mir zuständige Servitut wieder auf?

9) Welche Verbindlichkeiten fließen aus der serv. stillicidii sowohl für den Servitutberechtigten als für den Verpflichteten?

10) Der serv. ne luminibus officiatur wird nicht nur durch Setzung und Erhöhung eines Gebäudes, sondern auch durch Setzung von Bäumen widerrechtlich entgegengehandelt werden,*) im letzteren Fall besonders dann, wenn auch nicht gerade das Licht, wohl aber der Sonnenschein einem Platz entzogen wird, welchem er nöthig und nützlich ist, wie einem Gewächshaus oder einem Heliocaminus (Sonnenofen), d. i. einem Ort, der zur Winterszeit blos durch die Sonne geheizt wird, oder einem Solarium, d. i. einem Altan, wo man sich zu sonnen pflegt, und welcher so angelegt ist, daß die Sonne ihn bescheinen muß, indem auch die Sonnenuhr (Solarium) da angebracht war; l. 17. pr. D. 8. 2. — Glück P. C. Bd. X. S. 120. Kann mir aber auch die Abtragung oder Erniedrigung eines Gebäudes aus dem Grunde dieser Servitut verwehrt werden?

11) Ist durch die serv. ne luminibus officiatur dem Nachbar nur das Verbauen der zur Zeit der Servitut-Errichtung bestehenden, oder auch der künftig erst etwa einzurichtenden Lichtöffnungen benommen?

---

*) Noch weiter geht die serv. prospectus, et ne prospectui officiatur, indem sie den Inhaber des dienenden Grundstücks nicht allein am Höherbauen, sondern auch an der Vornahme anderer Handlungen verhindert, durch welche die Aussicht geschmälert wird.

11 a) Durch ein aufgerichtetes Gebäude usucapire ich ohne Zweifel die Freiheit von einer Servitut des Höherbauens oder der serv. ne luminibus officiatur; wenn ich aber an der Stelle des Gebäudes einen Baum setze, werde ich auch dadurch usucapionem libertatis bewirken?

12) In wie fern können in Deutschland andere, als die bisher vorgetragenen Grundsätze rücksichtlich der serv. luminum, in Folge des deutschen statutarischen Lichts- und Fensterrechts, gelten?

13) Kann für eine Windmühle daraus, daß die Nachbarn der Anlegung derselben nicht widersprochen haben, wohl gar selbst bei ihr mahlen lassen, eine serv. ne ventus excludatur, mithin ein Widerspruchsrecht des Müllers gegen Entziehung des Mahlwindes begründet werden?

Zu 1) In dem Recht, in einer fremden oder gemeinschaftlichen Wand Fenster oder Oeffnungen für Licht und Aussicht anlegen zu dürfen; l. 4. l. 40. D. 8. 2. — l. 8. C. 3. 34. Dahin geht wenigstens die gewöhnliche Erklärung, welche auch in der Praxis des ehemaligen Reichskammergerichts eine Bestätigung findet; s. Cramer Wetzlar. Nebenstunden Th. XXXV. no. 13., auch Dec. superior. tribun. Hassocassel. T. II. Dec. 186. no. 6. Die vollständigste Zusammenstellung der Ansichten über serv. luminum oder ut vicinus lumina nostra excipiat, l. 4. D. 8. 2. unter kritischer Beleuchtung derselben s. v. Vangerow Pand. Bd. I. § 342. not. 1. no. 3., Glück P. C. Bd. X. § 670., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 325. u. 329., vergl. auch oben S. 72. Kap. II. § 1. vom Recht der Gebäude, Fr. 15. u. 16.

Zu 2) Diese ist vordersamst nicht zu verwechseln mit dem Traufrecht oder der Trüpfe, welches auf der — den Gegenbeweis jedoch nicht ausschließenden — Vermuthung beruht, daß bei Erbauung eines Hauses in der Breite des Trüpfraumes von der Gränze des eigenthümlichen Grundes zurückgerückt worden sey, mithin die Traufe noch auf diesen falle, womit auch der ambitus zusammenhängt, sowie die im Gewohnheitsrecht begründete Verbindlichkeit des Hauseigenthümers zur Pflasterung innerhalb des Trüpfraumes, s. Weiske skeptisch prakt. Behandlung einiger civilrechtl. Gegenstände S. 95. not. 2., de Monte Tr. de finibus pag. 15. Norimb. 1710. Die serv. stillicidii wird zwar auf verschiedene Art erklärt; vergl. Höpfner Institt. Commentar § 360. und dagegen Schweppe röm. Privatr. Bd. II. § 290. a. E., Mühlen-

bruch Doctr. Pand. Vol. II. § 281., Hugo Rechtsgesch. S. 503., v. Löhr Magazin f. Rechtsw. Bd. III. S. 126., Mackelbey Lehrb. § 289., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 149. (§ 84.) Die natürlichste Erklärung scheint jedoch diese zu seyn: jus stillicidii immittendi vel avertendi ist das Recht, die Dachtraufe von meinem Hause auf das Grundstück des Nachbars, der sie aufnehmen muß, abzuleiten, mithin von meinem Grunde abzuwenden; das jus stillicidii non avertendi das Recht, vom Eigenthümer des dienenden Guts zu verlangen, daß nicht er selbst das Regenwasser auffange, sondern es vom Berechtigten auf dessen Grundstück herüberleiten lasse; § 1. J. 2. 3. — l. 2. D. 8. 2., Schilling Lehrb. f. Institt. ꝛc. Bd. II. § 190.

Zu 3) Der Servitutberechtigte ist hier zum Unterschied von der serv. latrinae nicht berechtigt, Urin und andere übelriechende Dinge, sondern nur Spül- und Waschwasser durch den Canal, welchen der Nachbar auf seinem Grundstück dulden muß, abzuführen; l. 1. § 3. u. 5. D. 43. 22. — l. 7. D. 8. 1., Schröter vermischte juristische Abh. Bd. I. S. 474., Glück P. C. Bd. X. S. 131. Dem Eigenthümer des Canals liegt natürlich dessen Unterhaltung ob, s. Glück l. c.

Zu 4) Nach dem Princip der Untheilbarkeit der Servituten sollte man hier eine solidarische Verbindlichkeit annehmen dürfen, allein l. 6. § 4. D. 8. 5. gewährt die Klage gegen die mehreren Eigenthümer doch nur pro rata. Mühlenbruch im civil. Archiv Bd. XIV. S. 321. findet hier eine Verschmelzung des Servitutrechts mit dem Nachbarrecht, welches allenfalls auch zur cautio damni infecti gegen den Eigenthümer der baufälligen Mauer berechtigen würde.

Zu 4 a) Im Mangel eines Vertrags entscheidet die Art und Weise, wie die Mauer zu der Zeit beschaffen war, da die Servitut constituirt wurde; l. 4. § 5. D. 8. 5., Glück P. C. Bd. X. S. 72. not. 60.

Zu 5) Voet in Comm. ad Pand. Lib. 8. tit. 1. § 2. bejaht zwar diese Frage, und l. 11. pr. D. 8. 6. scheint auch nicht entgegenzustehen, da sie ein bestimmtes Tramrecht vorauszusetzen scheint, um den Grundsatz anwendbar zu machen: non conceditur plus, quam pactum est, in servitute habere, indessen verweist l. 14. pr. D. 8. 5. doch wohl auf den status quo, weshalb Glück l. c. Bd. X. S. 74. verneinend entscheidet.

Zu 6) Man pflegt jedem Glied der Commune, welchem daran liegt, ein jus contradicendi einzuräumen, nach l. 1. D. ne quid in loco publico (43. 8.), Leyser Sp. 501. § 1., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. L. 43. tit. 8. § 2.

Zu 6a) In l. 17. pr. D. 8. 5. ist diese Frage bejahend dahin entschieden: si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet, jus non esse, illum parietem ita projectum in suum esse invito se.

Zu 7) Dieses würde nur dann in Betracht kommen, wenn der Nachbar eine serv. ne prospectui officiatur erworben hätte, l. 17. D. 8. 2. Durch die serv. altius non tollendi aber kann es nicht verhindert werden, l. 12. D. 8. 2.

Zu 8) Allerdings, wenn nicht inzwischen die Servitut durch Verjährung erloschen ist; l. 4. § 8. l. 5. l. 6. pr. D. 8. 5., Glück P. C. Bd. X. S. 30.

Zu 9) Der Verpflichtete darf den Platz, auf welchen das Wasser den Abfall hat, nicht dergestalt überbauen, daß der Abfluß dadurch gehindert würde, daher auch nicht sein Gebäude erhöhen, wenn in Folge dieser Erhöhung die Traufe nicht mehr darauf fallen kann. Der Berechtigte darf aber auch nichts vornehmen, wodurch jenem der Tropfenfall beschwerlicher gemacht würde. Er darf daher zwar das Gefälle erhöhen, aber nicht erniedrigen, indem dadurch der Abfluß stärker würde. Er darf auch die Traufe zwar weiter einwärts, aber nicht weiter vorwärts in des Nachbars Grundstück hineinrücken, so daß die Traufe oder Rinne (stillicidium s. flumen) nun an einen andern Ort fiele, wo sie dem Nachbar beschwerlicher würde; l. 20. § 3. u. 5. l. 21. D. 8. 2.

Zu 10) Die l. 17. § 2. D. 8. 2. statuirt die Bejahung dieser Frage, wenn ich durch das Gebäude, welches mein Nachbar erniedrigen oder abtragen will, das Licht durch Refraction oder Zurückprallen der Sonnenstrahlen erhalte.

Zu 11) Nach l. 23. D. 8. 2. gilt die Servitut, wenn sie ausdrücklich in der Art bestellt ist: lumina, quae nunc sunt, ut ita sint, nur für die zur Zeit der Servitut-Errichtung bereits bestehenden, außerdem aber auch für künftige Lichtöffnungen; humanius est, verbo generali omne lumen significari, sive quod in praesenti, sive quod post tempus conventionis contigerit.

Zu 11a) Nach l. 7. D. 8. 2. ist dies zu verneinen, weil der Baum wegen seiner natürlichen Beweglichkeit nicht einer Wand gleich zu achten ist.

Zu 12) Wenn gleich die Anwendung der römischen Gesetze zu Gunsten der Baufreiheit, s. l. 9. l. 10. l. 15. l. 40. D. 8. 2. — l. 6. pr. D. 8. 5. — l. 30. D. 7. 1. — l. 8. C. 3. 34., wegen deren ver-

schiedener Auslegung Schwierigkeiten hat (s. oben Kap. II. § 1. Fr. 16. S. 91.), so scheint es doch sehr mißlich, gegen dieselben mit Maurenbrecher im Lehrb. des gemeinen deutschen Rechts Th. I. § 198. die deutschrechtlichen Beschränkungen der Baufreiheit als gemeinrechtlich geltend zu machen, da doch nur einzelne Particulargesetze, besonders städtische Polizeigesetze dafür angeführt werden können; s. Eichhorn D. Privatr. § 183., Philipps Grundsätze des gem. D. Privatr. Th. I. § 9. Wo daher solche Statuten oder kundige Observanzen nicht vorliegen, würde wohl das röm. Recht, als gemeines Recht, um so mehr in Kraft bleiben müssen, als es die natürliche Freiheit schützt; s. Runde deutsch. Privatr. § 284 a., Danz zu Runde Bd. II. S. 553., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 185., Walch introduct. in controv. jur. civ. Sect. II. Cap. 3. § 24., Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. IV. S. 10. Wohl könnte selbst aus den spätern kaiserlichen Verordnungen ein ähnliches Licht- und Fensterrecht geschöpft werden, indem die l. 12. C. de aedif. priv. (8. 10.) die Baufreiheit mehrfach beschränkt, insbesondere dahin, daß bei Ausbesserung bereits bestehender Gebäude die alten Maaße nicht überschritten werden sollten, damit durch den Bau nicht dem Nachbar die Hellung und die Aussicht wider die ältern Vorschriften benommen werde, ferner daß durch neu aufzuführende Gebäude dem Nachbar nicht die freie Aussicht auf das Meer entzogen werden darf; daß ein altes Gebäude, wenn es weniger als 12 Fuß vom Nachbarhaus entfernt ist, nicht erhöhet, und wenn der Zwischenraum weniger als 10 Fuß beträgt, kein Fenster hineingerichtet werden darf, wenigstens nicht zur Aussicht, und, wenn allenfalls zur Hellung, nicht anders als in der Höhe von 6 Fuß über dem Boden. Da aber diese l. 12. C. 8. 10. nicht glossirt ist, so kann sie nicht auf Geltung Anspruch machen, wenn sie nicht gleichwohl in den usus fori übergegangen ist, was nach Pfeiffers Ausführungen aus der Sammlung von Decisionen des Churhessischen Oberappellationsgerichts und Eckhardi hermeneutica juris dort allerdings der Fall ist. Factum est, ut non raro secundum legem a Cujacio vel Contio restitutam in judiciis pronunciatum sit, atque ita forensis auctoritas illi tributa; Pfeiffers prakt. Ausführungen Bd. IV. S. 12.

Zu 13) Nein; zur Begründung einer Servitut gegen die Nachbarn wäre ein vom Müller gegen die Neuanlage erhobener Widerspruch und die Beruhigung des Baulustigen hiebei durch rechtsverjährte Zeit erforderlich. Jedoch ist in manchen Ländern, z. B. in Preußen, gesetzliche Vorsehung dieserhalb getroffen, daß neue Windmühlen nur in solcher Entfernung angelegt werden dürfen, daß dadurch die schon bestehenden

keinen Verlust am Mahlwind erleiden. Diese Entfernung ist die zwölffache Breite des Windfangs der bestehenden Mühle; s. K. Ministerial-Rescript vom 17. Mai 1822 in v. Kamptz Annalen Bd. VI. S. 422.

---

§ 4. Personal-Servituten.

Usus fructus und usus.

Von der serv. usus und usus fructus, welche Art des Nutznießungsrechts sich von dem eigenthümlichen und emphyteutischen Nutzungsbezug und mehreren Arten der deutschen Colonatrechte vorzüglich durch die Beschränktheit auf eine bestimmte Person und ihre Lebensdauer unterscheidet, handeln Inst. II. 4. u. 5. Dig. VII. 1—6. u. 9. XXXIII. 2. Cod. III. 33.

1) Worin bestehen die wesentlichen Verschiedenheiten zwischen den Real- und Personal-Servituten in Rücksicht auf Sub- und Object, und sonstige Beschaffenheit?
2) Wie ist usus und usus fructus im Wesentlichen verschieden?
3) Was ist darin begriffen, wenn ein usus fructus omnium seu partis bonorum verliehen worden ist? *)
4) Die Gränzen des usus fructus sind zwar in den Gesetzen durch allgemeine Grundsätze bezeichnet, z. B. boni viri arbitratu uti frui debet; causam proprietatis deteriorem facere non debet; l. 9. pr. l. 13. pr. § 4. l. 15. § 4. D. 7. 1. Indessen finden sich in der Anwendung dieser Grundsätze, besonders bei den verschiedenen Arten möglicher Benutzung der Gebäude, Landgüter und einzelnen Grundstücke für Ertrag oder auch Annehmlichkeit manche Schwierigkeiten. Es fragt sich daher:
   a) was für eine Norm hat der Usufructuar eines Gebäudes hauptsächlich zu beobachten?

---

*) Ueber das Accrescenzrecht beim Legat eines Nießbrauchs wird im Erbrecht gehandelt werden. Vergl. übrigens Glück P. C. Bd. IX. S 263. § 637 a. Vom Unterschied zwischen dem römisch-rechtl. Usufruct u. der deutschen Leibzucht s. Flach Entscheidungen Th. I. S. 61. Bei dem legato usus fructus erhält der Usufructuar stets die zu nutznießende Sache aus den Händen des Eigenthumserben; der die Leibzucht ausübende überlebende Ehegatte usufruirt aber vermöge des Gesetzes, welches ihm den lebenslänglichen Besitz und Genuß alles vom erst verstorbenen Ehegatten verlassenen Vermögens gewährt.

b) der Usufructuar einer Waldung?
c) der Nutznießer eines Landguts?

5) Wenn Einem der fundus, einem Andern aber der ususfructus legirt ist, und Derjenige, welchem der Nießbrauch vermacht war, ausfällt, erlangt dann der Andere den vacanten Nießbrauch durch Consolidation oder durch Accrescenzrecht?

6) Wenn mir Jemand den ususfructus von seinem ganzen Vermögen verschafft hat, was indessen nur unbeschadet des Pflichttheils der Notherben und der dem Erben gebührenden falcidischen Quart geschehen kann, s. Nov. 18. cap. 3. (durch welche, wie Glück im P. C. Bd. IX. S. 180. not. 11. bemerkt, der l. 37. D. 33. 2. und der l. 18. in f. C. 5. 62. derogirt ist, s. auch l. 29. D. 7. 1.), kann ich dann auch von dem später vom Testator erworbenen oder nur von dem Vermögen, welches er zur Zeit des errichteten Testaments besessen hat, den ususfructus in Anspruch nehmen?

7) Wenn der Nießbrauch eines Landguts vermacht ist, sind dann die Oekonomie= und Hausinventarienstücke auch ohne besondere Erwähnung für inbegriffen zu erachten?

7a) Kann der Nießbraucher des Landguts auch die demselben zustehenden Servituten einklagen?

8) Wann werden die natürlichen Früchte dem Usufructuar erworben?

9) Wenn der Usufructuar die Sache vermiethet oder verpachtet hat, wie weit gehören ihm, oder in wie weit gehören dem Proprietar die Pachtgelder?

10) Was ist Rechtens in Ansehung der andern Civilfrüchte, welche nicht blos Surrogate der natürlichen Früchte sind, z. B. Gülten, Zehnten *) u. dgl. Grundgefälle, oder auch der Zinsen aus Capitalien?

11) Eine wesentliche Obliegenheit des Usufructuars, dem Proprietar gegenüber, ist zwar leicht begreiflich die Cautionsleistung, vor deren Bestellung gar nicht auf Einräumung des versprochenen oder vermachten ususfructus geklagt werden kann, l. 13. pr. D. 7. 1.; wenn aber die Caution ihm im Testament ausdrücklich erlassen wurde, ist dann der Erbe durchaus nicht berechtigt, eine Caution zu fordern?

*) Ueber die Frage: ob Zehenten zu den natürlichen oder bürgerlichen Früchten zu rechnen sind, s. Bd. I. Allg. Thl. Kap. VI. § 1. lit. b. Fr. 3. S. 307.

12) Auf welche Art muß die Caution geleistet werden?

13) Berechtigt Mißbrauch der Sache von Seite des Usufructuars den Proprietar zur Einziehung des usussfructus?

14) Wenn das dienstbare Haus einfällt, aber auf dessen Grund ein neues aufgebaut wird, ist auch dieses der vorigen Dienstbarkeit unterworfen?

15) Wenn Jemandem der ususfructus legirt ist, gehören ihm auch schon die zur Zeit des Todes des Testirers hängenden reifen Früchte, oder bleiben diese den Erben?

16) Gehören auch die Zuwüchse der Sache (accessiones) zu dem verschafften ususfructus?

17) Wenn der Legatar den ihm legirten ususfructus nicht anders ausüben kann, als in so fern ihm der Erbe eine Servitut gewährt, ist der Erbe auch dazu verbunden?

18) Wie unterscheidet sich der quasi-ususfructus oder derjenige, welcher an verzehrbaren und unkörperlichen Sachen, z. B. ausstehenden Capitalien, verliehen wird, vom ususfructus verus?

19) Im Allgemeinen ist es unzweifelhaft, daß der Usufructuar nicht blos die Sache selbst nutznießen, sondern auch sie vermiethen könne, l. 12. § 2. l. 27. § 1. D. 7. 1. In so fern nun auch der ususfructus vestimentorum als ein ususfructus verus in l. 15. § 4. D. 7. 1. erklärt ist, so fragt sich, ob der Usufructuar auch diese vermiethen dürfe?

20) Wird durch das Nutzungsrecht auch, wie durch den Kauf, der Pacht aufgehoben?

21) Wenn der Usufructuar eines Hauses vermöge nicht geleisteter cautio damni infecti in den Besitz des baufällig gewordenen Nachbarhauses gesetzt worden ist, und bei fortgesetztem Ungehorsam das Eigenthum desselben erlangt hat, verbleibt ihm dieses auch nach geendigtem usufructu?

22) Kann ich auch an einer Sache, die ich erst zu erwerben hoffe, den ususfructus concediren?

23) Da, ungeachtet der Usufructuar die Benutzung der Sache veräußern und verschenken kann, doch das Recht selbst nicht von seiner Person getrennt wird, und mit dieser zugleich aufhört, so fragt sich, was es für eine rechtliche Folge hat, wenn er seinen ususfructus doch ungültiger Weise an einen Dritten, oder wenn er ihn dem Proprietar cedirt hat?

24) Was für Lasten und Verbindlichkeiten hat der Usufructuar in Rücksicht auf Conservation der Sache, Reparaturen und onera rei zu übernehmen? und wie sind seine Befugnisse beschränkt?

25) In wie fern muß der Usufructuar einer Heerde Vieh den Abgang ersetzen?

26) Es ist bekanntlich Regel, daß unbedingte Legate mit dem Todestag des Erblassers anfallen, gilt demnach diese Regel auch vom usufructus?

Habitatio.

27) Worin bestehen deren Eigenthümlichkeiten?

27 a) Wenn ein Wohnungsrecht in der Eigenschaft eines dinglichen Rechts Mehreren zugleich eingeräumt ist, deren Jedem ein abgetheilter Raum eingewiesen war, erlischt dann durch den Tod des Einen die habitatio theilweise?

Operae servorum.

28) In wie fern weicht die serv. operarum vom usufructus ab?

Zu 1) Wesentliche Verschiedenheiten sind es, daß

a) die persönlichen Servituten nicht wie die Prädialservituten einer Sache, sondern nur einer Person (sey es eine physische oder juristische) zustehen,

b) daß sie zwar auch eine Sache zum Gegenstand ihrer Ausübung haben, aber nicht, wie die Realservituten, blos eine unbewegliche, sondern auch eine bewegliche. Die Gesetze haben ein legatum ususfructus sogar an verzehrbaren Sachen statuiren zu müssen geglaubt, und auf einen solchen quasi-ususfructus so weit als möglich die Grundsätze des wahren ususfructus analog übergetragen, so nämlich, daß der Usufructuar am Ende seines Fruchtgenusses eben so viel an Qualität und Quantität, als er empfangen hat, restituiren muß, wofür er aber auch Caution zu leisten verbunden ist; l. 7. D. 7. 5. —

c) Bei den persönlichen Dienstbarkeiten fällt nach l. 4. l. 63. D. 7. 1. das von den römischen Juristen in Betreff der Realservituten angenommene Princip, daß sie nicht ad tempus und sub

conditione constituirt werden können, sowie auch das Princip der Untheilbarkeit weg; Glück P. E. Bd. X. § 623.

d) Sie hören mit dem Untergang des Gegenstandes derselben ganz auf, und reviviscíren nicht, wie Realdienstbarkeiten mit der Wiederherstellung desselben; Glück l. c.

e) Bei den Personalservituten wird nicht, wie bei den Realservituten, eine immerwährende Dauer vorausgesetzt; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 214.

Zu 2) Der ususfructus umfaßt alle und jede Art, Nutzen aus der Sache zu ziehen, fructus naturales et civiles*), soweit es ohne Nachtheil der Substanz möglich ist, wogegen der usus eigentlich nur den Gebrauch der Sache mit sich bringt. Wenn ein solcher aber gar nicht oder nicht vollständig möglich ist, ohne mit Fruchtgenuß verbunden zu seyn,**) so bleibt dieser wenigstens auf das Bedürfniß des Usuars (sey es nun für eine bestimmte Person oder Sache) und auf dasjenige, was die Sache selbst unmittelbar durch ihre eigenen Kräfte gewähren kann, beschränkt; denn Umsatz derselben in ein Geld-Aequivalent oder dergl. wäre schon fructus, oder ein Gewinn, welcher aus der Sache gezogen wird; l. 1—3. l. 41. D. 7. 1. — pr. J. 2. 4. Ususfructus an fructus legatur, nihil interest, nam fructui et usus inest, usui fructus deest, et fructus quidem sine usu esse non potest, usus sine fructu potest; l. 14. § 1. D. 7. 8. Zu bemerken ist, daß bei dem legato usus nach dem Grundsatz: in testamentis plenius voluntates testantium interpretamur, l. 12. D. 50. 17., eine liberale Auslegung stattfindet, z. B. beim usus silvae auch der Holzverkauf als erlaubt angesehen wird, wenn der Natural-Holzbezug wegen zu großer Entfernung unvortheilhaft wäre, l. 22. pr. D. 7. 8. — bei dem usus aedium die Vermiethung des dem Legatar überflüssigen Theils — doch nicht des Ganzen, l. 2. § 1. l. 4. pr. D. 7. 8. — bei dem usus equitii, wenn er einem Pferdeverleiher legirt ist, auch die gewerbsmäßige Verleihung der Pferde als verstattet angesehen wird, l. 12. § 4. D. 7. 8. Ist Zweien, einem der usus, dem Andern der fructus vermacht, dann müssen freilich wohl die Gränzen strenger gezogen werden; l. 14. § 2. D. 7. 8. Unübertragbar ist eben so, wie die Realservituten, der usus, indem dieser ganz besonders mit Rücksicht auf die Persönlichkeit

---

*) Quae fructuum vice sunt, pro fructibus accipiuntur, l. 36. D. 22. 1. — praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur. l. 39. § 1. D. de legat. I. (30.) l. 29. D. 5. 3.

**) Beispiele davon s. l. 12. D. 7. 8.

des ersten Erwerbers begründet ist; serv. ususfructus ist aber übertragbar, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 223 ꝛc., nur darf er nicht von der Lebensdauer des neuen Erwerbers abhängig gemacht werden.

Zu 3) Derselbe ist dann rücksichtlich aller nach Abzug der Schulden übrig bleibenden körperlichen und nicht verzehrbaren Sachen als ususfructus verus, an den verbrauchbaren und unkörperlichen aber, z. B. an ausstehenden Capitalien, s. Glück P. C. Bd. IX. S. 172., als quasi-ususfructus zu behandeln; Mackelbey Lehrb. d. h. R. R. § 280. Auch Kleider werden, ungeachtet § 2. J. 2. 4. entgegensteht, zu den nicht fungiblen Sachen gerechnet, l. 15. § 4. D. 7. 1., Glück l. c. S. 174.

Zu 4) Augenscheinlich liegt

zu a) in der Benutzungsart der Gebäude in Beziehung auf Zweckdienlichkeit, Geschmack, Nutzen und Annehmlichkeit so viel Relatives, daß die Gesetze hier dem quot capita, tot sensus den weiten Spielraum durch die Regel abschneiden mußten, daß zunächst die vom Proprietar dem Gebäude gegebene Bestimmung und Einrichtung zur Norm diene; l. 13. § 8. D. 7. 1. Aliud est tueri, quod accepisset, an novum faceret. Der Usufructuar darf daher nicht ein Wohnhaus zu einer Herberge oder Werkstätte gebrauchen, nicht Zimmer oder Eingangsthüren verändern, oder unterirdische Gänge anlegen. Es ist ihm höchstens erlaubt, Fenster einzusetzen, wo es zur Erhellung nöthig ist, l. 13. § 7. D. 7. 1., und, wenn es zur Aufbewahrung der Erntefrüchte nöthig ist, ein Gebäude auf der area aufzurichten; l. 13. § 6. l. 73. D. 7. 1. Verzierungen darf er nur in so weit anbringen, als sie leicht wieder hinweggenommen werden können; l. 44. D. 7. 1. Nicht einmal Erweiterungen darf er vornehmen, und etwas Nutzbares nicht wegnehmen, wenn er auch etwas Besseres an die Stelle setzt, l. 7. § 3. l. 8. D. 7. 1. — Er darf das Haus nicht höher bauen, l. 13. § 7. D. 7. 1., aber auch nicht verbauen, und selbst ein vom Eigenthümer angefangenes Gebäude darf er nicht ausbauen, wenn es ihm gleich im unvollendeten Zustand keinen Nutzen bringt; l. 61. D. 7. 1.

Zu b) Bei schlagbaren Waldungen (silva caedua im weitern Sinn) versteht sich von selbst immer eine forstordnungsmäßige Benutzungsweise. Daß eine Beschränkung auf den Gutsbedarf in dem Fall, wenn der Wald von dem Proprietar nur dafür benutzt worden war, wie häufig aus der l. 9. § 7. D. 7. 1. gefolgert wurde,

Glück P. C. Bd. IX. S. 204., Mühlenbruch Doct. Pand. Vol. II. § 286., Schweppe röm. Privatr. Bd. II. § 293., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Th. I. § 73. nicht gefordert werden könne, daß vielmehr der Usufructuar auch Holz zum Verkauf schlagen könne, l. 22. pr. D. 7. 8. — scheint hinlänglich dargethan zu seyn von Laspeyres im civil. Archiv Bd. XIX. S. 71., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 344. not. 1. no. 1. Die Worte in l. 9. § 7. cit.: nam et si fundi ususfructus fuerit legatus, et sit ager, unde palo in fundum, cujus ususfructus legatus est, solebat pater familias uti, vel salice vel arundine, puto fructuarium *hactenus uti posse*, ne ex eo vendat, nisi forte salicti ei (Weideplatz) vel silvae palaris *) vel arundineti (Schilfrohrbruch) ususfructus sit legatus, tunc enim et vendere potest, erklären sich nämlich ganz leicht von einem ager, der nicht in dem *in usumfructum* gegebenen Gut begriffen, sondern nur zu dessen Bewirthschaftung mitbenutzt worden war. Da konnte natürlich der Usufructuar die Benutzung dieses ager auch nicht weiter in Anspruch nehmen. Ein Anderes aber wäre es, wenn ihm dieser ager selbst in usumfructum gegeben wäre; tunc enim et vendere potest, Donell. Comm. Lib. X. c. 7., Thibaut System d. P. R. § 758. (Ed. 8.) Bei der silva caedua im engeren Sinn, quae succisa rursus ex stirpibus aut radicibus enascitur (Niederwaldung, Stockausschlag) l. 30. D. de V. S. (50. 16.), ist die Benutzung natürlich ganz unbeschränkt, l. 48. D. 7. 1. — In der sylva non caedua, z. B. einem Park oder Lustwald, darf der Usufructuar nach den bereits bemerkten Grundsätzen gar keinen Holzhieb vornehmen, l. 18. D. 7. 1. Ist der Wald nicht durchaus schlagbar, so darf er nur Pfähle zur Wein- und Obstzucht daraus gewinnen, soweit das Grundstück dadurch nicht verschlechtert wird, l. 10. l. 11. D. 7. 1. — In Ansehung der Windbrüche und des Fallhölzes gilt die Regel, daß der Usufructuar nur das Erforderliche zu seinem und der Gebäude Bedarf nehmen darf, das Uebrige aber dem Proprietar überlassen muß; denn sonst würden diesem, wenn der Unfall den ganzen Wald träfe, alle Bäume vom Usufructuar genommen werden

*) Silva, ex qua pali ac pedamenta ad fulciendas ac sustinendas vites succiduntur, h. z. T. wären auch Hopfen- und Bohnenstangen darunter zu begreifen; Glück P. C. Bd. IX. S. 206.

können; l. 12. D. 7. 1. Arboribus evulsis vel vi ventorum dejectis usque ad usum suum et villae posse usufructuarium ferre, Labeo ait: nec materia (Bau- und Nutzholz oder Werkholz) pro ligno (Brennholz) usurum, si habeat, unde utatur ligno, cf. l. 7. § 12. D. 24. 3.

Zu c) Der Usufructuar eines Landguts darf nicht bloße Lustgärten in nutzbare Fruchtgärten oder Küchengärten, nicht statt Blumenanlagen Gemüsefelder anlegen, nicht die zum Vergnügen bestimmten Anlagen und zur Beschattung dienenden Bäume wegnehmen, um statt ihrer ertragsfähige Obstbäume zu setzen; l. 13. § 4. D. 7. 1. Ueberall herrscht das Princip vor, daß die vom Proprietar der Sache gegebene Bestimmung aufrecht erhalten werden müsse.*)

Ging diese blos auf Gewinnung von Einkünften, wie dies bei Grundstücken meistens der Fall ist, dann wird das Princip selbst nicht verletzt, wenn der Usufructuar nur in der Art der Benutzung eine übrigens unschädliche Veränderung vornimmt, durch welche der Ertrag erhöhet wird.

Wie weit außerdem der Usufructuar in der Benützungsweise gehen dürfe? darüber hat die l. 13. § 5. D. 7. 1. große Zweifel aufgeregt. Während der Usufructuar eines Gebäudes, wie zu a) bemerkt wurde, nicht einmal in der inneren Einrichtung eine Veränderung vornehmen, ja nicht einmal ein blos angefangenes Gebäude vollenden darf, so erscheint dagegen der Usufructuar eines fundus in seinen Befugnissen gar zu unbeschränkt, wenn ihm die l. 13. § 5. cit. sogar gestattet, Stein- od. Kalkbrüche, Sand- und Metallgruben anzulegen, ja sogar Weinberge, und Oliven- oder andere Baumgärten zu diesem Zweck niederzureißen, wenn dadurch dem Ackerbau einerseits kein Nachtheil erwächst, und der Ertrag des fundus andererseits erhöht wird. Das Paradoxe verschwindet aber, wenn man sich, wie v. Vangerow in den Pand. Bd. I. § 344. bemerkt, dem Zusammenhang der Stelle nach nicht blos ein einzelnes Grundstück, sondern ein ganzes Gut zu denken

*) Dasselbe Princip findet sich auch in l. 15. § 1. D. 7. 1. dahin angewendet, daß der Usufructuar den in usumfructum gegebenen Sclaven, welchen der dominus als Secretair gebraucht hatte, nicht zu gemeinen Handarbeiten auf dem Feld verwenden durfte, dagegen es ihm unbenommen war, einen servus mediastinus, d. i. welcher vom dominus nur zu gemeinen Diensten gebraucht worden war, in einer Wissenschaft oder Kunst zu unterrichten und dann hierzu zu benützen; l. 27. § 2. D. 7. 1.

hat, dessen verschiedenartige Theile sich zu eben so verschiedenen Benützungsarten eignen, und von der Natur selbst eine verschiedene Bestimmung erhalten haben Demnach führt, mit Beiseitesetzung mißlungener Erklärungs- und sogar Textes-Emendations-Versuche,*) die von Keil im civilist. Archiv Bd. XXXV. S. 358. sorgfältig angestellte Exegese der citirten Gesetzstelle zu dem unbedenklichen Ergebniß:

1) Diejenigen Stein-, Sand- und andere Gruben, die vom Propietar schon vor Einräumung des Nießbrauchs auf der fraglichen Länderei hergerichtet worden sind, darf auch der Usufructuar nutzen und betreiben;
2) er darf auch selbst dergleichen Gruben auf der ihm überlassenen Länderei anlegen, so weit er nicht dadurch der Agricultur wesentlich Schaden thut;
3) er darf zum Zweck der Herrichtung von dergleichen Anlagen sogar vorhandene Anlagen niederreißen, wenn die neue Anstalt einträglicher ist, als die vorhandenen, die neue Anlage hindernden Anlagen, und wenn durch die neue Anstalt auch nicht in sonstiger Beziehung die Lage des Proprietars verschlimmert wird; vergl. Hagemeister in Hugo's civilist. Magazin Bd. III. S. 257. rc., Mühlenbruch Doctr. Pand. T. II. § 395., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. I. § 145., Glück P. C. Bd. IX. § 635. S. 233. rc.

Zu 5) Es ist wohl unbedenklich anzunehmen, daß zufolge einer solchen testamentarischen Bestimmung der legatarius fundi die Proprietät erhält, der ususfructus aber zwischen ihm und dem legatarius fundi getheilt werde; § 1. J. 2. 4. — l. 19. D. 33. 2. — Zwar wird von Mehreren die heutige Anwendbarkeit solcher Entscheidung des Gesetzes aus dem Grund bezweifelt, weil sie dem Sprachgebrauch zuwider wäre; s. Struben rechtl. Bedenken Thl. V. no. 110., Voet Comm. ad Pand. L. VII. tit. 1. § 8., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1490., von den Meisten aber juristisch gerechtfertigt; Thibaut System d. P. R. § 906. (Ed. 8.), Glück P. C. Bd. IX. S. 189.

Fällt nun einer von beiden aus, so entscheidet l. 3. § 2. l. 4. D. 7. 2. für das Accrescenzrecht, indem beide in Absicht auf den Nießbrauch als legatarii conjuncti anzusehen seyen. — Die Wirkung hier-

*) S. Feuerbach civilist. Versuche Bd. I. S. 137., Rabal im civil. Archiv Bd. XV. S. 330. und mehrere ältere Interpreten.

von wäre verschieden, wenn man Consolidation annehmen dürfte; denn die Consolidation geschieht ohne alle Beschwerde, durch Accrescenz aber geht der vacant gewordene Antheil am Nießbrauch nur mit den vom Testirer darauf gelegten Lasten über.*)

Zu 6) Man könnte veranlaßt seyn, mit Noodt Oper. pag. 445. und Bauer Diss. de legato ususfructus Spec. I. cap. 4. pag. 31. das Legat nur auf letzteres beschränkt zu verstehen, da in l. 7. D. 34. 2. gesagt ist: si ita esset legatum, vestem meum, argentum meum damnus esto dare, id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset, quia praesens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset. Allein auf eine universitas bonorum ist dieses wohl nicht anwendbar, und daher nach Glück P. C. Bd. IX. S. 176. und Voet Comm. Lib. VII. Tit. I. § 15. die allgemeine Regel zu beobachten, daß die Größe des Vermögens eines Verstorbenen nach dem Bestand desselben zur Zeit seines Todes, mit welchem auch das Legat erst Gültigkeit erhält, zu beurtheilen ist, l. 73. pr. D. 35. 2. — l. 6. D. 3. 28., wornach auch in Nov. 18. c. 3. der der Ehefrau vom Mann hinterlassene Nießbrauch des ganzen Vermögens verstanden ist.

Zu 7) Die l. 9. § 7. l. 15. § 6. D. 7. 1. erklärt auch das instrumentum fundi und alle Zubehör eines Grundstücks oder Hauses darunter begriffen.

Zu 7a) Man könnte nach l. 1. D. 8. 5. glauben, daß diese Klage nur dem Eigenthümer zustehe, die Zulässigkeit derselben auf Seite des Usufructuars ist aber nach l. 1. pr. l. 5. § 1. D. 7. 6. — l. un. § 4. D. 43. 25. keinem Zweifel unterworfen, jedoch muß er sich durch bestimmte Erklärung darüber, von wem er seinen Nießbrauch ableite, ad causam legitimiren; v. Bülow Abhandl. Thl. II. Abth. 1. S. 47.

Zu 8) Sobald er sie percipirt hat, gleichviel ob sie reif oder noch unreif sind, l. 13. in f. D. 7. 4. — l. 42. D. 33. 2. — und nur in so weit transmittirt er sie auch auf seine Erben; § 36. J. 2. 1. — l. 8. D. 33. 1. — Stirbt der Usufructuar noch vor der Perception, so gehören die hängenden Früchte dem Eigenthümer, jedoch hat dieser die Saat- und Bestellungskosten zu vergüten, l. 46. D. 22. 1. — l. 1. C. 7. 51. — l. 36. § 5. D. 5. 3. — l. 7. pr. D. 24. 3. — Auch versteht sich, daß der Usufructuar an der Perception nicht durch die

*) Mehreres über die verschiedenen Fälle der Erwerbung des ususfructus durch letzte Willensordnungen (vergl. Glück P. C. Bd. IX. S. 181.) wird zweckmäßig unten in der Lehre vom Erbrecht Platz finden.

Schuld und widerrechtliche Handlung des Proprietars verhindert worden seyn darf; l. 5. § 4. D. 7. 6. — l. 35. l. 36. § ult. l. 47. D. 7. 1.

Zu 9) Die Pachtgelder gehören dem Usufructuar nur so weit, als bei seinen Lebzeiten der Genuß des Pachts stattgefunden hat.

Ist der Gegenstand des ususfructus eine Sache, welche täglich und stündlich Nutzen gewährt, so wird der Miethzins nach Verhältniß der Zeit getheilt, zwischen dem Usufructuar, so lange er gelebt hat, und dem Proprietar, von der Zeit an, da der ususfructus durch den Tod des usufructuarii erloschen ist.

Ist aber der Gegenstand des ususfructus von der Art, daß er nur zu gewissen Zeiten des Jahres Früchte gibt, so kommt es lediglich darauf an, wie viel an Früchten der Pachter schon bei Lebzeiten des Usufructuars bezogen hat, oder nicht. Nach diesem Verhältniß wird das ausständige Pachtgeld zwischen den Erben des Usufructuars, als bisherigen Verpachters, und dem Proprietar getheilt, und wenn der Usufructuar etwa das Pachtgeld voraus erhoben hat, bevor sein Pachter irgend eine Nutzung erhoben hätte, so müssen die Erben des Usufructuars das praenumerando erhobene Pachtgeld ganz an den Proprietar herauszahlen; l. 1. § 2. D. 12. 7. — l. 58. D. 7. 1.

Haben die Erben die vom Usufructuar selbst ausgeübte Benutzung der Sache fortgesetzt, so müßten sie den Gebrauchswerth derselben von Beendigung des ususfructus an bis zur Herausgabe der Sache vergüten.

Zu 10) Da bei bürgerlichen Früchten die cessio diei eben das wirkt, was bei natürlichen die Perception, so müssen sie pro rata temporis, oder je nach der Dauer des ususfructus, zwischen dem Proprietar und den Erben des Usufructuars getheilt werden; Glück P. C. Bd. IX. S. 329.

Zu 11) Die gemeine Meinung geht dahin: man müsse einen Unterschied machen zwischen Nießbrauch, welcher durch einen Vertrag oder durch einen letzten Willen ertheilt sey. Im ersten Fall könne die Erlassung der Caution kein Bedenken haben; denn wer Jemandem den Nießbrauch verstattet, konnte ihm ja auch das völlige Eigenthum, Proprietät und Nießbrauch geben. Im zweiten Fall hingegen, auf welchen sich l. 7. C. 6. 50. bezieht, ist es bestimmt verordnet, daß der Testirer die Caution nicht solle erlassen können, weil es widersprechend seyn würde, wenn der Testator, der dem Legatar doch nur den Nießbrauch zugedacht hat, seinem Erben die Möglichkeit benehmen würde, das ihm vorbehaltene Recht aufrecht zu erhalten; s. Höpfner Institt. Comm. § 373.

no. 3., Glück P. C. Bd. IX. S. 419. Man statuirt auch, daß der Proprietar die Caution — welche stillschweigend ohnedies nie als erlassen betrachtet werden darf — wenigstens bei eintretender Gefahr der dilapidatio auch dann, wenn sie vorher erlassen worden war, noch fordern könne; Glück P. C. Bd. IX. § 655., Malblanc Princ. jur. Rom. P. II. § 433. Die Meinung Einiger, daß selbst der Erbe sich des Rechts auf die Caution nicht gültig solle begeben können, ist nun wohl allgemein als verworfen anzusehen, s. Höpfner Institt. Comm. § 373. no. 3., Glück P. C. Bd. IX. § 645. S. 419., Schömann Handb. d. Civilr. Bd. I. S. 348. — Uebrigens sind nach ihren besondern Regeln zu behandeln der väterliche ususfructus an den Adventitien der Hauskinder, des Ehemanns ususfructus am uxorischen Vermögen und dergl.

Zu 12) In der Regel durch Bürgschaft; l. 13. pr. D. 7. 1. — l. 5. § 1. D. 7. 9. — Pauli rec. sent. Lib. III. Tit. VI. § 27., vermag dies der Usufructuar nicht, so steht es im richterlichen Ermessen, nach Beschaffenheit der Person und Beträchtlichkeit des Gegenstandes zu bestimmen, ob durch Pfand oder juratorische Caution Genüge geleistet werde, oder das Gut zu sequestriren und dem Usufructuar der zu erzielende Pachtschilling zu verabreichen sey; Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1138., Voet Comm. ad Pand. Lib. VII. T. IX. § 3. Glück P. C. Bd. IX. § 657.

Zu 13) Diese Frage kann wohl nicht mit Stryck Us. mod. Lib. VII. T. IV. §. 6. und Berger Oecon. jur. Lib. II. T. 3. th. 24. geradezu bejahet werden, s. vielmehr l. 1. § 5. u. 6. D. 7. 9. Der Proprietar ist nur berechtigt, Entschädigung zu fordern, und in geeigneten Fällen, besonders wenn er durch die ihm geleistete Caution nicht hinlänglich gesichert ist, darauf anzutragen, daß dem Usufructuar die Verwaltung genommen werde und er nur die zu erhebenden Nutzungen erhalte, s. Thibaut System § 622., Glück P. C. Bd. IX. S. 493., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1124. not. k., Gebr. Overbeck Meditt. Thl. I. S. 256. Damit stimmt überein ein Erkenntn. des O. A. Ger. in Jena in Emminghaus S. Pandecten S. 673. no. 14.

Zu 14) Diese Frage ist zu bejahen, weil die Realservitut immer auf dem Grund und Boden selbst haftet; l. 11. pr. D. 8. 2. — Glück P. C. Bd. X. S. 4.

Zu 15) Die l. 27. pr. D. 7. 1. entscheidet für den Legatar, Glück P. C. Bd. IX. S. 198.

Zu 16) Alluvionen wachsen allerdings auch dem usus fructus des Grundstücks zu, welches durch das allmählig angeschwemmte Land vergrößert wird. Eine Insel aber, welche der Proprietar erwirbt, geht den Usufructuar nichts an, l. 9. § 4. D. 7. 1., auch nicht der gefundene Schatz; l. 7. § 14. D. 24. 3. — Er hat nämlich darauf nicht als Usufructuar Anspruch, sondern nur so viel Recht, wie jeder andere Finder. Das Kind einer in usumfructum gegebenen Sclavin wurde auch nicht als fructus angesehen, wie die Jungen der Thiere, und gehörte also dem Proprietar, § 37. J. 2. 1. — l. 28. D. 22. 1. — Zubehörungen des Guts sind ipso jure im ususfructus desselben begriffen, z. B. Gerichtsbarkeit, Jagd, Fischerei, Vogelfang, l. 9. § 5. D. 7. 1., wie auch Servituten; l. 1. pr. D. 7. 6. — Voet ad h. T. § 27., Hofacker l. c. Tom. II. § 1117., Glück P. C. Bd. IX. S. 209.

Zu 17) Ja; l. 1. § 2—4. D. 7. 6.

Zu 18) Die Natur der Sache bringt es mit sich, daß der Usufructuar nach geendigtem usufructu Sachen gleicher Qualität und Quantität restituiren muß; l. 7. D. 7. 5. — Sind z. B. Thiergärten, Fischteiche und dergl. bei dem nutznießlichem Gut, so muß er von jeder Art und Gattung am Ende des Nießbrauchs so viel Stück restituiren, als er beim Anfang desselben gefunden hat; l. 62. § 1. D. 7. 1. — Glück P. C. Bd. IX. S. 203. not. 84.

Ueber die Frage, ob ein ususfructus verus oder nur quasi-ususfructus an Kleidern stattfinde, widersprechen sich bekanntlich zwei Gesetzesstellen, indem § 2. J. 2. 4. letzteren, l. 15. § 4. D. 7. 1. aber ersteren statuirt; v. Madai in den Beitr. zur Dogmengeschichte des gem. Civilr. no. III. S. 139. ꝛc. gibt hier den Institutionen den Vorzug, weil Justinian darin das frühere Recht habe abändern wollen. Das Gegentheil behauptet Glück im P. C. Bd. IX. S. 174., indem er darauf hinweist, daß selbst die Institutionen an einer andern Stelle § 5. J. 3. 25. die vestimenta nicht, wie im § 2. J. 2 4. irrig geschehen, den vom ususfr. verus ausgenommenen fungibeln Sachen beizählen, folglich Justinian nicht die Absicht gehabt haben konnte, das Pandectenrecht l. 15. cit. und l. 9. in f. D. 7. 9. abzuändern. Ueber den ususfr. nominum, s. Spangenberg prakt. Erörterungen Bd. X. S. 68., vergl. im Erbrecht Kap. X. § 9. lit. d. Fr. 6.

Zu 19) In der Regel nicht, doch gilt ein anderes bei Masken-, Trauer- und theatralischen Anzügen; l. 15. § 4. u. 5. D. 7. 1.

Zu 20) Allerdings: der Usufructuar braucht den Pacht nicht fortzusetzen, wenn er gleich die bereits fälligen Pachtgelder bezieht; l. 59. § 1. D. 7. 1. —

Zu 21) Ja; l. 7. § 1. D. 7. 1.

Zu 22) Ja; der usus fructus kann auch ex die constituirt werden, l. 4. l. 63. D. 7. 1.

Zu 23) Der usus fructus erlischt im zweiten Fall durch Consolidation, § 3. J. 2. 4. Hat aber der Usufructuar einem Andern cedirt, so heißt es hier: cedendo extraneo nihil agitur, i. e. inefficax est cessio, § 3. cit. cf. l. 66. D. de jure dot. (23. 3.) Ob in diesem Fall der usus fructus wegen Mißbrauchs von Seite des Usufructuars ganz erlösche, wie es nach l. 66. cit. scheint, oder ob nur der Cessionsact unwirksam für den Cessionar würde, mithin seiner Zeit den Rückfall an den dominus nicht zu hindern vermöge, ist streitig. Ueber die Erklärung dieser Stelle s. Daniels in Roßhirts Zeitschr. für Civil- und Criminalrecht Bd. II. no. 7. S. 100. — Glück im P. C. Bd. IX. § 634. S. 222. hat sich unter Anführung der Autoritäten pro et contra für die letztere Meinung bestimmt, indem die Entscheidung des Pomponius in l. 66. cit.: nihil ad cessionarium transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum, nur dem antiquarischen Recht angehöre, welches mit der zu seiner Zeit noch bestandenen feierlichen cessio in jure zusammenhänge, dagegen nach dem Justinianischen Recht, wie § 3. J. 2. 4. deutlich lehrt, nur die Unwirksamkeit der Cession angenommen werden könne. Hiermit stimmen überein Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 249., Thibaut System § 768. (Ed. 8.)

Zu 24) Im Allgemeinen ist das gegenseitige rechtliche Verhältniß zwischen Proprietar und Usufructuar auf das Princip gebaut: conditionem alterius deteriorem non reddere debet. Daraus folgt:

a) Was die Conservation der Sache betrifft, so hat der Usufructuar weder für die auch bei ordnungsmäßigem Gebrauch (boni viri arbitratu) entstehenden Deteriorationen, noch für zufälligen Untergang der Sache einzustehen, l. 9. § 3. D. 7. 9. — l. 12. § 1. D. 7. 1., wohl aber für Schaden, dem ein sorgfältiger Hausvater vorbeugen konnte; er ist sonach für culpa levis und custodia verantwortlich, l. 1. § 3. D. 7. 9. und um so mehr für damnum injuria datum, Schömann Handb. des Civilrechts Bd. I. S. 343. Als schädliche Unthätigkeit wäre ihm z. B. zuzurechnen, wenn er einem Andern durch Verjährung das Eigenthum oder eine Servitut*) erwerben ließe; l. 15. § 7. D. 7. 1. — l. 1. § 7. D. 7. 9.

*) Ob, wie Scholz Baurecht S. 59. annimmt, der Eigenthümer eines Gebäudes sich negative Servituten gefallen lassen müsse, welche der Usufructuar



b) Er ist in Hinsicht des auf die Sache zu machenden Aufwands nicht ad impensas utiles, sondern nur necessarias gehalten; l. 7. C. 3. 33. Ist für Erhaltung und Bereitung der Früchte die Wiederaufbauung eines verfallenen Gebäudes nothwendig zur Gewinnung des ususfructus, so fallen ihm auch die Baukosten zur Last, l. 50. D. 7. 1. — l. 32. § 5. D. 33. 2. — wenn er nicht anders sich des Nießbrauchs gänzlich begeben will; l. 48. l. 64. D. 7. 1. — Außerdem ist er nicht schuldig, was durch Alter oder durch fehlerhafte Structur des Gebäudes eingestürzt ist, wieder herzustellen, sondern nur die Gebäude in Dach und Fach zu erhalten, modica refectio ad eum pertinet, l. 7. § 2. D. 7. 1. Nach diesen gesetzlichen Bestimmungen gehört das Einziehen neuer Balken, Pfetten, Sparren rc. an die Stelle der in Fäulniß übergegangenen, sowie das Heben gesunkener Theile des Hauses nicht zu den Pflichten eines Nutznießers, wenn er nicht durch seine Schuld einen solchen Verderb herbeigeführt haben sollte; s. Erkennt. des O A. Ger. zu Wiesbaden in Seuffert Archiv Bd. VII. H. 2. S. 227. Hat aber der Proprietar ein solches durch Alter eingefallenes Gebäude wieder aufgebaut, so muß der Usufructuar ihm dessen Gebrauch überlassen; l. 7. § 2. l. 48. D. 7. 1. — Der Usufructuar darf kein neues Gebäude errichten, ausgenommen, wenn es für die zu percipirenden Früchte nothwendig ist; l. 13. § 6. D. 7. 1. Die Praxis hat dies auch auf die erforderlichen Stallungen ausgedehnt, s. Scholz das Baurecht S. 56. — Bei geendigtem Fruchtgenuß sind dann auch wohl die Kosten eines zur Erhaltung und Erhöhung des Fruchtgenusses vom Usufructuar errichteten Gebäudes demselben zu vergüten, s. Scholz l. c. S. 22. Derelinquirt er den ususfructus, weil ein zur Erzielung des Genusses unvermeidlicher Aufwand ihm zu schwer fällt, so befreit ihn natürlich die Dereliction nicht vom Ersatz desjenigen, was er oder die Seinigen verdorben haben; l. 59. D. 7. 1.

c) Der Usufructuar hat nach l. 7. § 2. l. 27. § 3. l. 52. D. 7. 1. — alle öffentlichen ordentlichen und außerordentlichen, sowie auch alle vom Testirer auf das nutznießliche Gut gelegten Privat-

---

darauf verjährungsweise begründen ließ, wenn er das clam nicht beweisen kann, und ob der Eigenthümer auch Servitutrechte verlieren kann, wenn der Usufructuar sie durch Verjährung erlöschen ließ, was jedoch aus der dafür angeführten l. 44. § 2. D. 41. 2. nicht zu folgen scheint, darüb. s. ob. § 1. S. 261. ff.

lasten zu bestreiten. Nach der Meinung mehrerer Rechtsgelehrten aber wird ihm wegen außerordentlicher Lasten alsdann gleichwohl das Recht einer Zurückforderung gegen den Proprietar zugestanden; Thibaut System d. P. R. § 760. (Ed. 8.), Glück P. C. Bd. IX. S. 259., Leyser Spec. 106. Med. 3., Voet Comm. ad Pand. Lib. 7. Tit. 1. § 38., Walch Controv. jur. civ. Sect. II. Cap. III. § 7.

d) Ganz natürlich ist es endlich, daß der Usufructuar auch keine Servitut auf die res fructuaria einseitig legen kann, daß er es aber auch nicht mit Zustimmung des Proprietars rechtlich vermag, könnte auf den ersten Blick auffallen, es erklärt sich jedoch nicht nur aus dem Grundsatz: servitus servitutis esse nequit, sondern auch vorzüglich daraus, daß die persönliche Servitut nicht von der Person getrennt werden, folglich der Usufructuar auch nicht einen Theil davon einem Andern übertragen kann, s. Marezoll Progr. Explicantur Ulpiani Verba in fr. 15. § ult. fr. 16. u. 17. D. de usufr. (7. 1.) Lips. 1839.

Zu 25) Er ersetzt ihn durch den Zuwachs, l. 68. § 2. l. 69. l. 70. pr. § 1—5. D. 7. 1., ohne daß er anderwärts zu kaufen braucht, um einen Abgang zu ersetzen, er haftet auch immer nur für den natürlichen Abgang; denn was durch unvermeidliche Unglücksfälle zu Grunde geht, vertritt er nicht, Glück l. c. S. 257.

Zu 26) Bei den persönlichen Servituten fanden die Gesetze eine Abweichung nöthig, weil diese nicht auf den Erben übergehen können; der Erbe muß daher die Erbschaft erst angetreten haben, um gegen ihn die Servitut geltend machen zu können; l. un. § 2. D. 7. 3. — l. 5. § 1. D. 36. 2. — Doch muß er Entschädigung leisten, wenn er blos zum Nachtheil des Legatars zögerte; l. 36. l. 47. D. 7. 1. Bei den operis servorum ist noch eine Eigenheit, indem der Legatar diese erst fordern muß; fr. 7. D. 33. 2., Glück P. C. Bd. IX. § 637 b. S. 310.

Zu 27) Die nach Thibaut civilist. Abh. S. 7. am leichtesten aus einem Wohlthätigkeitszweck erklärbaren Eigenheiten der habitatio (Freiwohnung), unterschieden vom usus oder usufructus aedium, bestehen vornämlich darin, daß

a) der Genuß des habitator blos auf das Wohnen beschränkt ist; l. 41. pr. D. 8. 2. Noch engere Beschränkungen sind wohl mit Recht bestritten; s. Höpfner Inst. Comm. § 382.

b) Die habitatio ging durch keine capitis diminutio verloren.

c) Die habitatio geht durch non usus nicht verloren, l. 10. pr. D. 7. 8. — aber es ist dem habitator
d) nur der unmittelbare eigene Gebrauch gegeben, er kann ihn also nicht verschenken, wohl aber durch Vermiethung benutzen, l. 10. pr. D. 7. 8. und hat die nöthigen Reparaturen und sonstigen Lasten zu bestreiten; l. 18. D. 7. 8.
e) Die habitatio kann, wenn sie durch Schenkung unter Lebenden erworben war, von den Erben des Schenkers widerrufen werden.
f) Aus dem Grundsatz, daß mit dem Untergang des dienenden Guts die darauf gehaftete Servitut erlösche, folgt, daß, wenn das Haus abgebrannt ist, und ein neues auf dessen Stelle erbaut wurde, das Wohnungsrecht nicht auf dieses übergeht; Schmidt hinterlassene Abh. prakt. Rechtsmaterien Th. II. S. 56.

Zu 27 a) Es tritt hier das Accrescenzrecht des überlebenden Wohnungsberechtigten ein, s. l. 34. D. 33. 2.: idem quaesiit, defunctis quibusdam ex libertis, quibus habitatio relicta erat, an portiones domus, in qua hi habitaverant, jam ad Rempublicam pertineant? Respondit, quoad aliquis eorum vivat, fideicommissum Reipublicae non deberi; Glück P. C. Bd. IX. § 652. S. 469., Lyncker D. de jure habitationis Sect. III. § 7. verb.: si habitatio aliquibus conjunctim relinquitur, uno vel altero deficiente, accretio obtinebit, s. auch Westphal de libertat. et servitut. praed. § 854. Dies folgt aus dem Rechtsprincip der Untheilbarkeit des usus und der habitatio, s. Griesinger Beweis, daß das Anwachsungsrecht bei dem usu stattfinde § 10., Thibaut System des P. R. § 845. not. u., Glück l. c. S. 445. Daher auch nicht, wie Andere glauben, ein Unterschied in der Beziehung Platz greifen kann, ob ein solches untheilbares Recht durch Testament oder Vertrag constituirt ist; denn die ratio ist in beiden Fällen dieselbe. Perez in Praelect. in Cod. lib. VI. no. 51. pag. 564. sagt zwar: jus accrescendi in iis duntaxat, quae ultima voluntate relinquuntur, locum habet, non item in contractibus, qui judicantur secundum formam, qua sunt initi; er fügt aber auch bei: si tamen res divisionem non patiatur, uni tota cedet; l. 5. D. 8. 4. — Bucher das Recht der Forderungen § 39. sagt: „aus der Beschaffenheit des versprochenen Gegenstandes ergibt sich die Untheilbarkeit in dem Falle, wenn der Vertrag auf ein seiner Natur nach untheilbares dingliches Recht gerichtet ist. Dahin gehören die Servituten mit Ausnahme des ususfructus.“ Daher kann auch eine räumliche Absonderung im Gebrauch der habitatio von Seite Mehrerer nicht das Recht selbst theilbar machen. Damit stimmt auch vorzüglich in

Beziehung auf Winkel und Ausnahme (den s. g. Altentheil) die Praxis überein, daß, wenn auch bestimmt ist, daß nach Absterben eines von beiden Eltern von dem Altentheil die Hälfte wegfalle, doch dem Ueberlebenden die früher mit dem Verstorbenen inne gehabte Wohnung nebst Holz- und Lichtbedarf unverändert verbleibt, s. Runde von der Leibzucht § 80., Hänsel die Lehre von dem Auszug oder der Leibzucht S. 184. not. 13., Gottschalk Discept. for. Vol. II. pag. 31.

Zu 28) In so fern, daß diese Servitut sich

a) blos auf den Nutzen aus Diensten beschränkte, wogegen der Usufructuar auch jeden andern Vortheil außer den Diensten des Sclaven sich zueignen konnte, s. § 4. J. per quas personas cuique acquiritur. (3. 28.)

b) Daß sie nicht persönlich ist in Beziehung auf den Berechtigten, sondern in Rücksicht auf das dienende Subject; denn sie endigte sich zwar mit dem Tode des Letzteren, auf die Erben des Berechtigten aber ging sie über.

c) Sie erlosch auch nicht durch capitis diminutio des Berechtigten und hörte auch nicht durch non usus auf.

---

§ 4a). Servitutes irregulares.

Was versteht man darunter und wonach sind ihre rechtlichen Wirkungen zu bemessen?

Es ist bereits bemerkt worden, daß der Unterschied zwischen Real- und Personalservituten darin liegt, daß bei ersteren das Rechtssubject immer nur ein praedium, bei letzteren aber nur eine Person seyn kann. Es ist ferner bemerkt worden, daß gewisse Servituten nur in persönlicher Eigenschaft bestellt werden können, wie usus, ususfructus, habitatio und operae servorum. Nicht absolut nothwendig ist es aber, daß jede Art von Realservituten blos in dieser und nicht auch in persönlicher Eigenschaft bestellt werden könne; l. 4. l. 6. l. 7. D. 8. 3.

In Ansehung der Wirkungen, welche dann entstehen, wenn eine regelmäßig als Prädialservitut vorkommende Dienstbarkeit zum Vortheil einer Person bestellt wurde, sind jedoch die Meinungen verschieden; Mühlenbruch im Archiv für civilist. Praxis Bd. XV. S. 382. behauptet gegen Thibaut und Andere, daß eine solche Bestellungsweise nichts weiter an dem Wesen einer Prädialservitut ändere, mithin auch nicht an dem Erforderniß der Vicinität, wenn gleich die Beschränkung

beigefügt wäre, daß das Recht nur von dem Erwerber selbst ausgeübt werden solle. Wenn aber der besondere Zweck des Rechts von selbst eine Beziehung auf das praedium des Berechtigten ausschloß, und das Recht blos eines persönlichen Nutzens wegen ertheilt wurde, so konnte dieses nicht anders, als in der Eigenschaft eines usus oder ususfructus geschehen, z. B. l. 37. D. 8. 3. — l. 14. § 3. D. 31. 1. — Westphal de servitut. § 523 b., vergl. Hoffmann die Lehre von Servituten Bd. I. S. 197. § 59. Die herrschende und gewiß auch richtige Lehre ist aber nach dem Vorgange eines Duaren, Cujacius, Donell u. A. m. diese: Alle Realservituten können auch als personales vorkommen, und sind dann als usus und ususfructus zu behandeln. Auf diese Wandelbarkeit des Charakters einer serv. realis in eine personalis beruht die Eintheilung der Realservitut in die sogen. regularis, wenn sie als Realservitut, und irregularis, wenn sie ausnahmsweise als personalis vorkommt, Schweppe röm. Privatr. Bd. II. § 291., v. Löhr Magazin Bd. III. S. 497., Hasse im Rhein. Mus. Bd. I. S. 73., neuerlich auch Zachariä von Lingenthal im civilist. Archiv Bd. XXVII. S. 1. über die sogen. irregulären Personalservituten, welcher diesen Kunstausdruck aus triftigen Gründen verwirft und noch mehrere einschlagende Nebenfragen principienmäßig erörtert.

---

§ 5. Endigung der Servituten. — Reviviscenz.

Im Allgemeinen ist es unzweifelhaft, daß Servituten entweder auf freiwillige Art erlöschen können, durch Abtretung an den Eigenthümer der dienenden Sache, l. 8. pr. D. 8. 6. — l. 17. D. 8. 4. — l. 4. § 12. D. 44. 4.,*) insbesondere beim ususfructus durch Dereliction, indem sich der Usufructuar von den Lasten, welche er vermöge des Nießbrauchs tragen muß, wenn sie ihm zu drückend werden, auf diese Weise zwar nicht in Ansehung der Vergangenheit, aber doch für die Zukunft befreien kann, l. 64. u. 65. D. 7. 1., oder unfreiwillig: durch den Untergang der dienenden Sache, l. 2. D. 7. 1. — l. 5. § 2. u. 3. l. 8—12. l. 23--26. l. 30. l. 31. D. 7. 4. — l. 9. pr. D. 8. 5. — durch den Untergang des herrschenden Guts bei Realservituten, l. 20. § 2. D. 8. 2. — l. 13. pr. D. 8. 3., oder bei Personalservituten durch

---

*) Vergl. jedoch die folgende Nr. 12 a.



den Tod des Berechtigten, l. 3. § 3. D. 7. 4. — l. 16. § 2. l. 17. C. 3. 33. — l. 56. D. 7. 1., und wenn dieser eine jurist. Person ist, durch Zeitablauf von 100 Jahren, als dem längsten menschlichen Lebensalter, l. 56. D. 7. 1. — l. 8. D. 33. 2.*), ferner durch Confusion resp. Consolidation,**) l. 30. pr. D. 8. 2. — l. 17. l. 27. D. 7. 4. — l. 4. D. 7. 9. — l. 3. § 2. D. 7. 2. — l. 1. D. 8. 6. — l. 27. D. 8. 2. — l. 8. § 1. l. 18. D. 8. 1. —

---

*) Ingleichen durch Vernichtung der Substanz, z. B. der Nießbrauch an einem Gebäude erlischt mit Zerstörung desselben, wenn gleich die area stehen bleibt, und reviviscirt nicht wieder durch dessen Wiederaufbau, l. 5. § 2. l. 10. § 1. D. 7. 4.

Ob der usus fructus an Grund und Boden durch das Ueberbauen desselben erlösche, muß wohl nach den einschlagenden Gesetzstellen verneint werden, l. 5. § 3. D. 7. 4. — l. 71. D. 7. .1 — l. 36. D. eod. Unterbrochen wird er allerdings, und es findet gegen den Eigenthümer actio ex testamento oder actio de dolo Statt, der Usufructuar darf sich aber nicht die Verjährungszeit hindurch beruhigen. Wird während derselben das Gebäude wieder niedergerissen, so wird der Nießbrauch wieder hergestellt. Wird das mit serv. ususfr. belastete Grundstück in einen See verwandelt und verliert dadurch seine von der Natur erhaltene Bestimmung, so erlischt der ususfr. daran, l. 10. § 2. l. 23. D. 7. 4., eben so wie wenn der Fluß sein Bett verläßt und das Grundstück dadurch zum Flußbett wird, l. 24. pr. D. 7. 4. Mit nachheriger Austrocknung des Sees lebt der Nießbrauch nicht wieder auf, l. 10. § 3. D. 7. 4., denn er hat nun einmal von der Natur eine andere Bestimmung erhalten, und nur vorübergehende Ueberschwemmungen heben den Nießbrauch nicht auf, l. 23. 24. D. 7. 4., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 318.

Der Nießbrauch an einer silva caedua im engeren Sinne erlischt, wenn die Bäume sämmtlich zu Grunde gehen, l. 10. § 4. D. 7. 4.

Der Nießbrauch an einer einfachen beweglichen Sache hört durch Formation und Specification auf, l. 10. § 5. D. 7. 4.; an einer Heerde, wenn so viel einzelne Thiere untergehen, als zum Begriff einer Heerde nöthig sind, l. 31. D. 7. 4. — vergl. l. 3. pr. D. 47. 14.; so auch an einem Viergespann, wenn ein Pferd davon zu Grunde geht, l. 10. § 8. D. 7. 4.

**) Wenn der Usufructuar die Proprietät erworben hat, aber den Gegenstand hinterher wieder herausgeben muß, so lebt die Servitut gleichwohl nur dann wieder auf, wenn in dem Rechtsgeschäft selbst der unmittelbare Grund liegt, weshalb er die Proprietät nicht behalten durfte, l. 57. pr. D. 7. 1. — l. 35. D. 38. 2. — l. 26. pr. D. 33. 2. Eine durch Confusion erloschene Servitut wird wieder hergestellt, wenn Jemand ein ihm dienstbar gewesenes Grundstück ererbt, aber die Erbschaft an einen Andern verkauft hat, l. 9. D. 8. 4. — l. 2. § 18. 19. D. 18. 4., oder wenn er die Erbschaft in Folge der Inofficiositätsquerel wieder verliert, l. 21. § 2. D. 5. 2. — l. 22. C. 3. 28., nicht aber wenn der Verlust der Erbschaft in Folge der Indignität eintritt, l. 18. § 1. D. 34. 9.

v. Bülow Abhandl. Thl. II. Abthl. I. S. 109., so auch, wenn das Eigenthumsrecht des Constituenten ex tunc aufgelöst wird, nach der Regel: resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis, l. 11. § 1. D. 8. 6. — l. 105. D. 35. 1. — Glück P. C. Bd. X. S. 264.*), endlich durch non-usus in der gesetzlich bestimmten Zeit. Hinsichtlich des letzteren aber entsteht die Frage:

1) Wie viel Zeit ist erforderlich? und zwar mit oder ohne Unterschied, ob an beweglichen oder unbeweglichen Sachen? und ob die Ausübung nur in Zwischenräumen oder beständig möglich ist? und ist zur Freiheits-Ersitzung bona fides erforderlich?
2) Wie verhält es sich mit der Computationsart?
3) Geht das Recht der Servitut blos durch Nichtgebrauch schon verloren, oder muß noch usucapio libertatis auf der andern Seite hinzukommen?
4) Geht insbesondere der Nießbrauch, wenn ihn der Berechtigte einem Andern zur Ausübung überlassen hat, auch durch den non-usus des Stellvertreters, z. B. des Pachters, Käufers, Donatars oder negot. gestor verloren?
5) Geht der Nießbrauch auch dann verloren, wenn der Usufructuar wegen Widersetzlichkeit gegen die Verbindlichkeit zur cautio damni infecti den Fall herbeiführt, daß der Proprietar nun die Caution selbst aufrecht machen muß?
6) Kann der Nießbrauch auch durch den Verlust derjenigen Qualität, an welche das Recht geknüpft war, aufhören?
7) Kann auch der alternis annis vermachte Nießbrauch durch non-usus erlöschen?
8) Gilt für die actio personalis ad petendum usumfructum, wenn nämlich der ususfructus nur versprochen, aber noch nicht constituirt ist, auch die 10—20jährige oder, wie bei

*) Zu bemerken ist hier noch, daß auch durch Eintritt der Zeit oder der Bedingung, auf welche die Constituirung der Servitut beschränkt worden ist, das Ende derselben herbeigeführt werden kann, s. l. 4. D. 8. 1. Servitutes quidem ipso jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possunt, sed tamen si haec adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti. Die serv. usus et ususfructus erlischt zwar regelmäßig mit dem Tode des Berechtigten; ist sie aber testamentlich auch auf dessen Erben erstreckt, so läßt sie l. 14. C. 3. 33. noch für die nächsten Erben gelten.

den persönlichen Klagen, im Allgemeinen nur die 30jährige Verjährungszeit?

9) Wird durch theilweise Ausübung des ususfructus das Recht im Ganzen conservirt?

10) Kann eine Servitut aus dem Grunde des non-usus auch dann erlöschen, wenn zwar nicht der bestimmte, aber doch ein anderer, als der bestimmte Gebrauch von der Sache gemacht worden ist?

10 a) Wenn mir eine Realservitut auf zwei dienende Güter constituirt ist, geht sie mir dann, wenn ich sie nur auf Einem derselben exercirt habe, auf dem anderen non-usu verloren?

11) Wie müssen die Hindernisse beschaffen seyn, um den zur Erlöschung der Servitut durch langjährige Nichtausübung bestimmten Zeitablauf unschädlich zu machen?

12) Wird die Servitut dadurch aufgehoben, daß der Berechtigte in den Verkauf des dienenden Guts einwilligt?

12 a) Wird das Recht einer Dienstbarkeit schon durch einfachen Verzicht aufgehoben, oder muß die Acceptation von Seite des andern Theils hinzukommen?

13) Sind die römisch-rechtlichen Grundsätze über Erlöschung der Servituten durch Nichtgebrauch auch auf die servitutähnlichen Rechte, welche in den deutschen Rechtsinstituten vorkommen, anwendbar, oder was ist zur Extinctivverjährung der letzteren erforderlich?

Revivisceuz.

14) Es ist allgemein angenommen, daß, wenn das dienende Gut ganz in das Eigenthum des herrschenden gelangt, und umgewandt, die Servitut durch Confusion oder Consolidation erlösche, l. 18. D. 8. 1. — l. 27. D. 8. 3.; erwerbe ich aber nur einen Theil des Gutes, welches mir oder welchem ich servitutpflichtig bin, so gilt der Grundsatz: non confundi servitutem, quia pro parte servitus retinetur, l. 30. § 1. D. 8. 2. Ist die Servitut auf jene Weise durch Confusion erloschen, so kann sie in der Folge durch Trennung der Güter — wie allgemein gelehrt wird — nicht von selbst wieder aufleben, l. 17. D. 7. 4. — l. 30. pr.

D. 8. 2. Lassen sich aber nicht doch Ausnahmsfälle denken, in welchen auch durch Confusion keine gänzliche Erlöschung der Servitut bewirkt wird?

Zu 1) Ohne Unterschied zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen — welche letztere nur bei der serv. ususfructus vorkommen können — wird ein 10jähriger Zeitablauf unter Anwesenden, ein 20jähriger unter Abwesenden erfordert,*) l. 13. C. 3. 34. — l. 7. D. 8. 6., und ersterer verdoppelt, wenn die Servitut von der Art ist, daß sie nur zu gewissen Zeiten im Jahre, oder ein Jahr um das andere, oder wohl gar nur alle 3 Jahre ausgeübt werden kann, leg. cit., doch wird hier nicht weiter auf Abwesenheit Rücksicht genommen, sondern der 20jährige Zeitraum gilt dann gleich gegen Abwesende, wie gegen Anwesende.**) Jene Verdoppelung findet übrigens nicht Statt, wenn das Recht nur einen Tag um den andern, oder nur zu einer bestimmten Stunde des Tags ausgeübt werden kann, z. B. nur zur Tags= oder nur zur Nachtzeit, oder zwar nur einmal im Monat oder Jahr, aber an einem selbstbeliebigen Tage, s. Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. § 233., Thibaut über Besitz und Verjähr. Bd. II. § 59., Glück P. C. Bd. X. S. 267., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 156. (§ 101.)

Zur Freiheitsersitzung ist zwar bona fides, d. i. Unbekanntschaft mit dem Daseyn der Servitut, nach R. R. nicht erforderlich, nach canonischem Recht wird man sie jedoch für nöthig erkennen müssen, weil ihre Ausübung in einem Handeln bestehen muß, im canonischen Recht aber die Ansicht vorwaltet, daß man durch eine mit dem Bewußtseyn der Widerrechtlichkeit vorgenommene Handlung sich den Vortheil der Verjährung nicht verschaffen könne, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 333.

Zu 2) Die Zeit wird fortlaufend (continue) berechnet, daher nur im Wege der Restitution Hülfe gesucht werden kann, wenn während der Verjährungszeit durch Naturhindernisse oder Zwang die Ausübung

---

*) Doch schadet solchen Personen, welche sonst in Rücksicht ihrer Person bei der Verjährung privilegirt sind, z. B. Kirchen rc., nur die 30—40jährige Verjährung, Nov. 131. c. 6., v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 156. S. 376.

**) Daß nach Westphal de lib. et serv. praed. § 883. gegen Abwesende eine Zeit von 40 Jahren oder wohl gar unvordenkliche Zeit erfordert werde, ist eine von keinem Gesetz unterstützte und daher allgemein verworfene Meinung, s. Kori Theorie der Verjährung § 97. not. 479., Thibaut l. c., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 181.

unterbleiben mußte, l. 14. pr. D. 8. 6. — Unterholzner l. c. Die Verjährung durch non-usus wird als vollendet angenommen, wenn der letzte Tag abgelaufen ist; dagegen zur usucapio libertatis schon die Erreichung desselben genügt, v. Vangerow Pand. Bd. I. § 357 .no. 3. Ueber usucapio überhaupt s. C. D. v. Madai Beitr. zur Dogmengeschichte des gem. Civilr. und Hameaux die usucapio und longi temporis praescriptio, eine historisch-dogmatische Erläuterung der l. un. C. de usucap. transf. (7. 31.)

Zu 3) Viele behaupten, alle Servituten*) gingen durch bloßen Nichtgebrauch verloren, s. außer den in Glück P. C. Bd. X. § 689. not. 48. angeführten Autoren auch noch v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 156. (§ 101.), Stever de serv. cap. 8. § 2. u. 4.; Andere dagegen, es sey immer nöthig, daß usucapio libertatis noch hinzukomme, s. Höpfner Instit. Comment. § 368., Klein merkw. Rechtsspr. der Halleschen Juristenfacultät Bd. II. S. 89., Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 292. not. m., Konopak Institt. § 294., v. Buchholz Versuche S. 193., Müller Promtuar. jur. Vol. VI. pag. 694. not. 1., Rave doctrin. de praescr. § 109., Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. Obs. 188. Der Grund der verschiedenen Meinungen liegt in der verschiedenen Combinations- und Erklärungsart der l. 16. C. 3. 33. und l. 13. C. 3. 34. In der ersteren Stelle heißt es: „der Nießbrauch soll durch Nichtgebrauch nicht verloren gehen, sondern nur durch den Tod des Nießbrauchers und den Untergang der Sache selbst, da ja viele und unzählige Umstände in Bezug auf die Sachen der Sterblichen eintreten, in Folge welcher die Menschen das, was sie haben, nicht behalten können. Es wäre aber sehr hart, wenn man in solchen Fällen das, was man einmal besessen hat, verlieren sollte, es müßte denn etwa eine solche Einrede dem Nießbraucher entgegengesetzt werden, welche ihn, auch wenn er das Eigenthum einer Sache in Anspruch nehmen wollte, ausschließen würde, gleichviel ob er gegenwärtig oder abwesend wäre." Hieraus scheint nun Folgendes hervorzugehen:

„Sowie zur Verjährung des Eigenthums erfordert wird, daß der Andere sich im Besitz unserer Sache befinde, so könne auch eine Servitut

*) Ein interessanter Rechtsfall über Servitutenverjährung nebst Erkenntniß der Rostocker Juristenfacultät findet sich in Elvers praktischen Arbeiten. Rostock 1836.

durch Verjährung nur dann verloren gehen, wenn der Andere sich im Besitz eines, dem Servitutverhältniß entgegengesetzten Zustandes, also in usucapione libertatis befände." Dagegen sagt Justinian in l. 13. C. 3. 34.: „er habe die vorhin bestandene ein= bis zweijährige Verjährungszeit des ususfructus durch Nichtgebrauch aufgehoben: non passi sumus, hujusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in *ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus*, **ut omnes servitutes non utendo amittantur** non biennio, quia tantum soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis, explosis differentiis."

Hier scheint demnach ausdrücklich gesagt zu seyn: nachdem der zur Extinctivverjährung erforderliche Zeitraum zweckmäßig verlängert worden ist, so steht nichts mehr dem Grundsatz entgegen, alle Servituten ohne Unterschied der Verjährung durch Nichtgebrauch zu unterwerfen. Diese scheinbaren Gegensätze lassen sich wohl am leichtesten durch die von den meisten älteren und neueren Rechtslehrern gebilligte Ansicht vermitteln: „Justinian habe in den angeführten Gesetzstellen durchaus nichts weiter als den Zeitraum abändern wollen, im Uebrigen aber Alles beim Alten belassen; somit bestehe auch noch der ältere Unterschied, daß zur Erlöschung der serv. urbanae auch usucapio libertatis nöthig, bei den anderen Realservituten und den Personalservituten aber nicht erforderlich sey, sondern diese solo non-usu verloren gehen." *)

Der Unterschied geht von selbst aus der Natur der verschiedenen Servituten hervor. Nothwendig muß nämlich für die belastete Sache ein Zustand der Freiheit eingetreten seyn, um die Aufhebung der Dienstbarkeit durch Extinctivverjährung zu bewirken. Dieser entsteht bisweilen schon dadurch, daß die Ausübung der Servitut unterbleibt, also nonusu, in anderen Fällen aber manifestirt sich der Zustand der Freiheit nur durch eine der Servitut entgegenwirkende Thatsache. Das Erstere ist bei den Rusticalservituten und dem Nießbrauch, das Letztere bei den serv. praed. urbanorum der Fall. Bei diesen nämlich erscheint die Freiheit durch eine sich äußerlich an der Sache darstellende Qualität; z. B. durch das erhöhte Gebäude tritt das Nichtbestehen der serv. altius non tollendi, durch Schließung des Loches, welches der Nachbar ver-

*) Die habitatio macht bekanntlich vermöge ihrer Singularitäten eine Ausnahme, indem sie keiner Verjährung unterworfen ist, l. 10. pr. D. 7. 8., sowie das besonders begünstigte iter ad sepulcrum.



möge der serv. tigni immittendi in unserer Wand hatte, tritt die nunmehrige Freiheit dieser von der Servitut vor Augen, sowie auch bei allen den zur Ausübung einer gewissen Servitut nöthigen Vorrichtungen sich durch die Entfernung derselben der Besitz der Freiheit von solcher Servitut manifestirt.*) Hingegen bei den Rustical- und Personalservituten schien ein auf solche Weise augenfällig ausgeprägter, der Servitut entgegenstehender Zustand oft gar nicht möglich, indem die Freiheit oder Unfreiheit keinen veränderten Zustand der Sache selbst in sich schließt, Paulli rec. sent. I. 17. 1. Die legislative Klugheit gestattete aber nicht, deshalb diese Servituten von dem Untergang durch Zeitablauf gänzlich zu befreien und hier gerade der Freiheit des Eigenthums weniger Gunst widerfahren zu lassen, s. Puchta Cursus der Institutionen Bd. II. S. 787., Unterholzner Verjährungslehre Thl. II. S. 203., Luden von den Servituten S. 231., Thibaut System § 1026. (Ed. 8.), Schweppe röm. Privatr. Thl. II. § 310., Schilling Lehrb. f. Institt. § 201., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 357. not. 1., Dabelow System d. ges. heut. Civilr. § 1547., Glück P. C. Bd. X. § 689. S. 265. Nach v. Savigny's Theorie kann die Rückusucapion der vom Eigenthum losgetrennten Bestandtheile (jura in re) bewirkt werden:

1) bei affirmativen Servituten, bei denen die Beschränkung des Eigenthums in einem pati besteht, dadurch, daß sich der Berechtigte seines Rechts nicht bedient.
2) bei negativen Servituten, bei denen die Beschränkung in einem non faciendo des Dienenden besteht, dadurch, daß der Dienende das thut, was er eigentlich nicht thun dürfte (usucapio libertatis).
3) bei positiven Servituten, die auf einer Anstalt beruhen, muß

*) Entfernt nicht nur der Servitutberechtigte selbst die Vorrichtung, sondern verändert er zugleich das herrschende Gebäude auf eine solche Art, in welcher die Ausübung der Servitut unmöglich wird, und setzt diesen Zustand 30 Jahre lang fort, so muß wohl dasselbe gelten, z. B. A. hatte einen Schafstall mit einem Querdach, dessen Traufe das Grundstück des B. aufnehmen mußte. Er bricht ihn aber ab und baut einen andern, dessen Tropfenfall nach seiner veränderten Construction auf sein Eigenthum nothwendig gerichtet ist, nach 30 Jahren will er ihn wieder auf die frühere Art bauen. Gewiß kann hier der Nachbar die Einrede der Verjährung entgegensetzen. Madihn in den Miscellen Bd. I. S. 51. glaubt hierin ein Beispiel zu finden, daß auch servit. urbanae solo non-usu verjähren können; hier ist aber nicht blos non-usus, sondern usucapio libertatis durch Begebung der Servitutberechtigten, s. Glück P. C. Bd. X. S. 267. no. 1.

diese Anstalt gänzlich entfernt seyn, wenn der non-usus von Wirkung seyn soll, und dazu ist auch eine Handlung des Andern erforderlich, welche die Möglichkeit des erneuerten usus aufhebt, l. 6. D. 8. 2.*) Mehreres s. Heimbach Rechtslex. Bd. X. S. 257. u. 324.

Zu 4) Der Regel nach ist diese Frage zu bejahen; doch leidet es eine Einschränkung, wenn ich Jemandem den usufructus verkauft oder verpachtet habe. Da schadet mir der non-usus meines Käufers oder Pächters nicht, weil ich meinen Besitz durch den Bezug des Kauf- oder Pachtgeldes fortwährend erhalte, qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui re principali utitur fruitur, l. 39. D. 7. 1. Anders ist es dagegen, wenn ich den Nießbrauch verschenkt habe, quodsi donavero, non alias retineo, nisi ille utatur, l. 40. D. 7. 1. Auch dann, wenn ich den Nießbrauch an den Proprietar verpachtet habe, und dieser das Grundstück ohne Vorbehalt des Nießbrauchs verkauft, verliere ich denselben, ungeachtet mir der Proprietar den Pachtzins bezahlt; denn der Käufer nutzt dann nicht das Grundstück auf den Namen des Usufructuars, sondern besitzt es auf seinen Namen, l. 29. pr. D. 7. 4. — Glück P. C. Bd. IX. S. 374.

Zu 5) In diesem Falle kann der Proprietar den Nießbrauch einziehen, l. 9. § 5. l. 10. D. de damno infecto (39. 2.), Glück P. C. Bd. IX. § 641 b. Ohne hinlängliche Gründe dissentirt hier v. Wening-Ingenheim im Lehrb. des gem. Civilr. Bd. I. § 156.

---

*) Nicht ohne Interesse dürfte eine Vergleichung verschiedener neuerer Gesetzgebungen in dieser Beziehung seyn. Das Oesterreichische Gesetzbuch § 1488. läßt Servituten in 3 Jahren erlöschen, wenn der verpflichtete Theil sich der Ausübung widersetzt, und der Berechtigte sein Recht so lange nicht geltend gemacht hat, in 30 Jahren aber durch bloßen Nichtgebrauch, s. Zeiller's Commentar Bd. IV. S. 247. Napoleon's Code civil basirt auf dem ihm eigenen Unterschied zwischen servitudes continûes, d. i. solchen, deren Nutzung fortdauernd ist, oder seyn kann, ohne daß eine jedesmalige Handlung der Person nothwendig ist, z. B. das Recht der Traufe, Aussicht, Wasserleitung u. dergl. und discontinûes, d. i. solche, zu deren Ausübung eine Handlung des Berechtigten nöthig ist, z. B. Durchgangs-, Weiderecht. Recht, Wasser zu schöpfen 2c., Art. 688., und nun bildet er die Regel: la servitude est éteinte par le non usage de trente ans, les trente ans commencent à courir selon les diverses espèces de servitudes, ou du jour, où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinûes, ou du jour, où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continûes. — Im preußischen allgemeinen Landrecht beruht die verschiedene Behandlung vorzüglich auf dem Institut der Hypothekenbücher. Thl. I. Tit. 19. § 29. Tit. 22. § 49.

(§ 105.), indem er die angeführten Gesetze nur von Zwangsmitteln gegen den Usufructuar erklären will, während sie doch den Proprietar ausdrücklich zur Entziehung des Ususfructus unbedingt und nicht blos interimistisch berechtigen.

Zu 6) Allerdings. Man setze z. B. den Fall: es sey dem Testamentserben der Nießbrauch an einer, einem Andern vermachten Sache vom Testator vorbehalten worden, und das Testament wird auf eine Weise umgestoßen, welche nicht auch zugleich die Legate kraftlos macht, so cessirt der ususfructus, s. Glück P. C. Bd. IX. § 641 b., vergl. l. 46. pr. D. 7. 1.

Zu 7) Hierüber haben die Gesetze den eigenthümlichen Grundsatz angenommen, daß jeder Zeitabschnitt als eine besondere Servitut anzusehen sey. Wenn z. B. der ususfructus für einzelne Tage, Monate oder Jahre vermacht ist, so wird er nicht mit einem Male im Ganzen erworben, sondern das Recht des Legatars nimmt immer erst mit jedem neuen Termin seinen Anfang. Da nun mit jedem Termin gleichsam ein neues Legat erst anfällt, so kann ein solcher Nießbrauch auch nicht durch bloßen Nichtgebrauch verloren gehen, l. un. pr. D. 7. 3. — l. 28. D. 7. 4. — l. 13. D. 33. 2. Das Recht kann daher nur in 30 Jahren erlöschen, wenn es dem Usufructuar streitig gemacht worden ist, und dieser sich dabei beruhigt hat; s. Thibaut über Besitz und Verjährung Bd. II. § 58., Roßhirt von Vermächtnissen Bd. II. S. 185.

Zu 8) Einige Rechtslehrer halten zwar hier nur die 30jährige Verjährung für platzgreifend, s. Hellfeld Jurispr. for. § 641., Rave Doctr. de praescript. § 115. no. 4., Westphal de libert. et serv. praed. § 884., die Meisten aber folgen den klaren Worten der l. 16. § 1. C. 3. 33., wonach auch die act. person. ad petend. usumfr. schon in 10—20 Jahren verjährt, Glück P. C. Bd. IX. S. 378.

Zu 9) Da die Servitut des Nießbrauchs — abweichend von anderen Servituten — theilbarer Natur ist, so kann sie durch theilweisen Nichtgebrauch allerdings auch theilweise verloren gehen, l. 5. D. 7. 1. — l. 14. l. 25. D. 7. 4., gleichwie sie theilweise eingeräumt werden kann. Doch findet dabei eine milde Auslegung Statt, wenn wenigstens der Wille in seiner möglicher Weise größeren Ausdehnung nicht aufgegeben ist, z. B. wenn Derjenige, welchem usus und ususfructus zustand, nur den usus ausgeübt hat, so ist dadurch auch der ususfructus conservirt, l. 20. D. 7. 4. Si quidem sciens, se usumfructum habere, tantum uti velit, nihilominus et frui videtur. Si vero ignoret,

puto eum amittere fructum: non enim ex eo, quod habet, utitur, sed ex eo, quod putavit se habere, Glück P. C. Bd. IX. S. 376.

Zu 10) Diese Frage ist bejahend entschieden in l. 10. § 1. D. 8. 6. Si is, qui *nocturnam* aquam habet, *interdiu* per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit, amisit nocturnam servitutem, qua usus non est. Idem est in eo, qui certis horis aquae ductum habens aliis usus fuerit, nec ulla parte earum horarum. Er verliert demnach die Servitut, welche er hatte, kann aber auch eine andere dagegen erwerben, wenn alle gesetzlichen Bedingungen zur Ersitzung vorhanden sind, Glück P. C. Bd. IX. S. 57 ꝛc. Bd. X. S. 268., v. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen no. 377.

Zu 10 a) Die Untheilbarkeit des Rechts entscheidet wohl auch hier für dessen Conservation auch nur durch theilweisen Gebrauch, s. l. 31. D. 8. 3. — demnach geht eine über mehrere Grundstücke sich erstreckende Servitut dadurch nicht verloren, daß ich sie innerhalb der betreffenden Zeit nur auf einem einzelnen Grundstück ausgeübt habe, l. 18. D. eod. — l. 6. l. 9. D. 8. 6. — Hoffmann die Lehre von Servituten § 30., eben so, wie wenn ich die Servitut nur auf einem Theil eines dienenden Grundstücks ausgeübt habe. So auch, wenn der Berechtigte nur eines von mehreren mit einer Wegservitut belasteten Grundstücken eigenthümlich erwirbt, bleibt die ganze auch dieses umfassende Servitut bestehen, l. 15. D. 8. 5. — l. 31. D. 8. 3.

Zu 11) Daß rechtliche Hindernisse vollgültig sind, liegt außer Zweifel, und nur von diesen gilt das agere non valenti non currit praescriptio, z. B. bei Pupillen, bei Haussöhnen rücksichtlich der Adventitien, bei Ehefrauen in Betreff des fundus dotalis während der Ehe. Sind es aber faktische Hindernisse, so läßt sich dies nicht behaupten. Selbst bei unabwendbaren Naturhindernissen ist zur Abwendung des Verlusts der Servitut ein außerordentliches Hülfsmittel, nämlich restitutio in integrum erforderlich, l. 34. § 1. l. 35. D. 8. 3. — l. 1. § 9. D. 43. 19. — l. 14. pr. D. 8. 6. — Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. S. 225., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 156. (§ 101.), und da diese nur ex aequitate ertheilt wird, so muß die Gebrauchsunterlassung durchaus nicht imputabel seyn. Hätte z. B. der Weideberechtigte die Ausübung der Weideservitut blos deswegen unterlassen, weil er 10 Jahre lang kein Vieh hielt, so wäre gleichwohl die Servitut erloschen, und er könnte nur dann restituirt werden, wenn er z. B. wegen Kriegszeiten u. dergl. durchaus kein Vieh hätte halten können, Struben rechtl. Bedenken Thl. III. no. 43. § 3., Gottschalk

Disc. for. T. III. pag. 153., Malinckrott D. de praescr. serv. extinct. Jenae 1788. § 5., Curtius Handb. des in Kursachsen geltenden Civilr. Thl. II. § 1020.

Zu 12) Im Allgemeinen geht die Servitut nur durch Einwilligung in etwas, wodurch deren Ausübung für immer unmöglich würde, verloren; bei der serv. ususfructus aber wird die Einwilligung in den Verkauf des in usumfructum gegebenen Guts als ein Verzicht auf deren fernere Ausübung angesehen, l. 4. § 12. D. 44. 4. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 156. (98.)

Zu 12 a) Bei den persönlichen Servituten ist, da sie mit Verbindlichkeiten eng verbunden sind, ein einseitiger Verzicht, wie Fritz im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 392. bemerkt, nicht wohl denkbar; denn obgleich der Usufructuar den Usufruct, wenn ihm die Lasten zu schwer werden, von sich ablehnen kann, so kann er dies doch nur pro futuro, nicht pro praeterito. Bei den dinglichen Servituten ist das in den Gesetzstellen vorkommende cedere domino statt des alten cedere in jure gebraucht, welches ein zweiseitiger Act war. Stillschweigen des Servitutberechtigten zu einer die Ausübung der Servitut unmöglich machenden Handlung bringt zwar den Verlust des Quasibesitzes mit sich, ist aber nicht als Remission anzusehen, l. 5. D. 8. 2. — l. 6. § 1. D. 8. 5. — Heimbach l. c. S. 322. Dafür hält Fritz l. c. auch die Analogie des Pfandrechts und des Rechts der Forderungen für bedeutsam.

Zu 13) Man ist wohl darüber einverstanden, daß die römische Servitutenlehre nicht unbedingt auf deutschrechtliche Reallasten, welche gewöhnlich in einem facere oder praestare bestehen, anwendbar sey, Thibaut über Besitz und Verj. Bd. II. § 60., Spangenberg prakt. Erörter. Bd. I. S. 328. Unbestritten ist übrigens nur, daß sie durch Nichtgebrauch in unvordenklicher Zeit erlöschen; streitig hingegen, ob eine praescriptio definita überhaupt stattfinde, s. Valett in der jurist. Zeitung f. d. Königr. Hannover 1827. S. 94 rc., und, wenn sie angenommen werden muß, wie von den Meisten anerkannt ist, ob ein 30—40jähriger Nichtgebrauch genüge, wie Leyser Sp. 420. Med. 1. bezüglich l. 3. C. 7. 39. in Ansehung der Frohnen behauptet,*) oder nur

*) Auch Mittermaier im deutsch. Privatr. Bd. I. § 198. (178.), jedoch, weil Frohnen nur auf Ansagen geleistet zu werden brauchen, verbunden mit der Nachweisung, daß der Berechtigte die Verjährungszeit hindurch öfter in der Lage war, Frohndienste zu fordern, und daß er sie doch nicht forderte, s. auch Schmidt öffentl. Rechtsspr. S. 323.



eine qualificirte Verjährung, nämlich Usurpation der Freiheit auf einer- und Acquiescenz auf der andern Seite während dieses Zeitraums das Erlöschen des Rechts an einer fremden Sache bewirken könne, wie besonders Thibaut über Besitz und Verj. Bd. II. § 60. annimmt, s. auch Kind Qu. for. T. I. Cap. 70. T. III. Cap. 18., Gründler Polemik des germanischen Rechts Bd. I. S. 340., Berger Oecon. jur. pag. 155. no. 12., Danz zu Runde § 502. S. 230., Spangenberg l. c., Gottschalk Discept. for. T. II. Cap. 6. pag. 57., Maurenbrecher deutsch. Privatr. § 224. und von Eichhorn in der Einleitung in das deutsche Privatrecht § 167. S. 450., ungeachtet seine eigene Meinung divergirt, sowie auch von Spangenberg l. c. als die gewöhnliche Meinung erklärt ist, s. Pfeiffer neue Sammlung bem. Entscheid. Bd. III. no. 74., Hofacker princ. jur. civ. T. II. § 871., Hagemann Landwirthschaftsr. § 245., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 224. T. II. Obs. 71.

Gegen die herrschende Meinung, daß das Recht auf Reallasten nicht durch bloßen Nichtgebrauch verloren werde, erklärt sich neuerlich Duncker v. d. Reallasten § 33., der Eichhornschen Ansicht sich größtentheils anschließend. Er sagt nämlich, die l. 7. § 6. C. 7. 39. sey nicht anwendbar, weil diese blos Leistungen aus Obligationsverhältnissen zum Gegenstand habe; ein dingliches Recht aber, wie das der Reallasten, müsse durch die act. confessoria geltend gemacht werden. Diese Klage könne angestellt werden, sobald der Zins- oder Dienstpflichtige mit der ersten Leistung im Rückstand bleibt, sie müsse also auch von dieser Zeit an in 30 Jahren verjähren, vorausgesetzt, daß der Berechtigte sich während dieser Zeit in der Lage befunden hat, sein Recht ausüben zu können. Man könne auch nicht einwenden, daß für die folgenden praestationes annuas noch gar nicht actio nata sey; denn schon bei der ersten ausbleibenden Leistung müsse die Klagbitte zunächst auf Anerkennung des Rechts, und folgeweise auf die demselben gemäße Leistung gerichtet werden. Die Verjährung müsse daher in demselben Umfange wirksam werden, in welchem die Klage angestellt werden konnte. Duncker stimmt hiernach ganz mit der oben zur Fr. 3. gegebenen Erörterung der erlöschenden Verjährung der Servituten überein.

Was dagegen als die herrschende Meinung angezeigt ist, daß nämlich das Recht auf Reallasten nicht durch bloßen Nichtgebrauch verloren werde, wird — und zwar nur weil es herrschende Meinung ist — anerkannt durch ein Erk. des O. A. G. in Stuttgart, s. Tafel auserlesene Civilrechtssprüche Bd. I. H. 2. S. 153. Dagegen aber hat sich gewiß mit besserem Grund das O. A. G. in München aus-

gesprochen, s. Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIII. S. 261., und folgende Gründe geltend gemacht: da die Verjährung aus dem römischen Recht in die deutschen Rechtsinstitute übertragen ist, so müssen auch die Grundsätze über Erwerb und Verlust der Incorporalrechte durch Verjährung nach den darin statuirten Verschiedenheiten und Modalitäten in Anwendung gebracht werden.

Nach Analogie der serv. praed. urban. können die deutschrechtlichen Reallasten unmöglich behandelt werden, vielmehr paßt das Verhältniß der Rusticalservituten vollkommen auf sie, indem auch bei ihnen die Eigenschaft einer in Zwischenräumen wiederkehrenden Ausübung des Rechts vorkommt, worin eigentlich der Grund liegt, warum bei ihnen der bloße Nichtgebrauch zur erlöschenden Verjährung hinreicht, indem sich hier aus der bloßen Unterlassung der Rechtsausübung in einer bestimmten Zeit auf einen Verzicht des Berechtigten schließen läßt, Glück P. C. Bd. X. S. 267. Hiernächst wird sich auf dasjenige bezogen, was der von uns schon angeführte Duncker in der Lehre von den Reallasten Abschn. III. § 32. und Wolff Lehrb. d. gem. deutsch. Privatr. § 127. not. 284. über die Unanwendbarkeit der von den Anhängern der entgegengesetzten Ansicht geltend gemachten l. 7. § 6. C. 7. 39. gründlich ausgeführt haben.

Zu 14) Die Servitut reviviscirt, wenn die Confusion durch einen nur auf gewisse Zeit begründeten Erwerb bewirkt ward, l. 18. D. 8. 1. — l. 7. § 1. l. 9. D. 8. 4. — l. 7. § 1. D. 23. 5. — l. 2. § 18. D. 18. 4. Siegel D. an servitus confusione extincta fundo servienti alienato reviviscat. Lips. 1725., Thibaut System § 768. (Ed. 8.), z. B. wenn der Besitzer eines Lehenguts ein dem Lehengut dienstbares Allodialgrundstück erwirbt, so erlischt dadurch die Realservitut nicht schlechthin, sondern nur in Beziehung auf den Vasallen und auf die Zeit, wie lange er und seine lehensfähige Descendenz das Lehengut besitzt. Der Lehensherr und die Mitbelehnten aber sind dadurch der dem Lehengut gegen das Erbgrundstück zuständigen Servitut nicht verlustig geworden, sondern von der Zeit an, wo ihnen das Lehen anheimfällt, zur Ausübung derselben berechtigt, Kori Erörterungen Thl. III. S. 73., J. G. Bauer Opusc. T. II. no. 49. pag. 32., Zachariä Handb. des Königl. Sächs. Lehenrechts § 141. u. 150.

Aber auch bei Gegenständen des vollen Eigenthums, welche durch Consolidation in Eine Hand kommen, läßt sich der Fall denken, daß die Servitut nicht für immer aufhöre, wenn nämlich auch während der Consolidation das eine praedium dem andern durch eine äußere bleibende Einrichtung wirklich fortgedient hat, z. B. bei der serv. oneris ferendi,

tigni immittendi etc. Verkauft dann Derjenige, welcher den Besitz beider praedia in sich vereinigt hat, eines derselben wieder, ohne die die Dienstbarkeit vermittelnden Anstalten aufzuheben, so tritt kraft stillschweigender Einwilligung die Fortdauer der Servitut ein, Kori l. c.

---

§ 6. Rechtsmittel bezüglich der Servituten.

a) petitorische.

Es ist allgemein angenommen, daß die actio confessoria von dem angeblich Servitutberechtigten, utiliter auch vom Emphyteuta und Superficiar, sowie von dem im Besitz des servitutberechtigten Grundstücks befindlichen Pfandgläubiger, s. l. 16. D. 8. 1. — l. 3. § 3. l. 9. D. 39. 1., dagegen die negatoria von dem Eigenthümer der angeblich dienenden Sache direct, utiliter aber auch von den eben bezeichneten Subjecten angestellt werde,*) und es ist auch wohl unbestreitbar, daß in der Negatorienklage eigentlich schon durch die Behauptung des Eigenthums der Klaggrund erschöpft

*) Eine abweichende Meinung geht dahin, daß die act. confessoria überhaupt von Demjenigen angestellt werde, welcher für sich das Recht zu positiven Befugnissen in Anspruch nimmt, die act. negatoria aber von Demjenigen, welcher intendirt, der Gegner dürfe etwas nicht thun, — oder: die erstere werde von dem angeblichen dominans, wenn er die Existenz einer affirmativen, und auch von dem serviens, wenn er die Nichtexistenz einer negativen Servitut behauptet, angestellt, und eben so werde die negatoria theils von dem dominans, theils von dem serviens angestellt, von jenem, wenn er die Existenz einer negativen, von letzterem, wenn er die Nichtexistenz einer affirmativen Servitut behauptet, s. Fritz Erläuterungen zu Wening-Ingenheim Lehrb. S. 359., Veltheim D. de act. confess. et negatoria. Kil. 1822., s. dagegen v. Vangerow l. c. Bd. I. § 353. not. 1. Es ist übrigens allgemein anerkannt, daß die negatorische Klage nicht auf die Fälle von Servitutenanmaßung allein, sondern gegen alle partielle Eingriffe in die Eigenthumssphäre Platz greift, l. 14. § 1. D. 8. 5., vergl. mit l. 26. D. 8. 2. — l. 8. § 5. l. 13. l. 17. pr. D. 8. 5. — l. 2. D. 43. 27. — l. 6. § 2. D. 47. 7. Zu verwerfen ist aber dieselbe, wenn darüber Streit entsteht, ob Jemandem das volle Eigenthum einer Sache zukomme, oder nicht; hier kann die negatorische Klage — sie sey directa oder utilis — nicht stattfinden, indem deren Grund immer in der Verneinung eines besonderen Rechts, nicht des Eigenthumsrechts, beruht, welches der Beklagte sich anmaßt, s. Tafel auserlesene Rechtssprüche ꝛc. no. 35. S. 178., Lehensansprüche auf Gemeindegerechtigkeiten betr.

werde, mithin consequent die Beweislast auch nur auf die Behauptung des Eigenthums fallen könne, wenn dieses geläugnet ist, s. Puchta im Rhein. Museum Bd. I. S. 165. rc.; indessen wird die Frage über die Beweislast doch dann zweifelhaft gemacht, wenn sich Derjenige, welcher eine Beschränkung des Eigenthums behauptet, wirklich im Besitz des behaupteten Dienstbarkeitsrechts befindet. Es fragt sich daher:

1) Wem liegt in diesem Falle der Beweis ob?

Es lassen sich hier zwei Fälle denken, entweder

a) es ist in einem vorhergegangenen Besitzstreit Demjenigen, welcher die Servitut behauptet, der Besitz zuerkannt worden, oder

b) der Besitz desselben ist überhaupt unbestritten.

---

ad a) Darüber, daß der Sieg in possessorio summarissimo nichts an der regelmäßig dem Beklagten zufallenden Beweislast des von ihm behaupteten Servitutrechts ändern könne, herrscht wohl kein Zweifel; dagegen aber darüber, ob der in possessorio ordinario für das wirkliche Bestehen der Servitut errungene Sieg den Beweis der Freiheit auf den Kläger wälzen soll. v. Vangerow Pand. Bd. I. § 353. not. 2. erklärt diese Meinung für die schlechteste, weil ja in possessorio nur de possessione, nicht auch de jure verhandelt wurde. Damit stimmt auch überein ein Erk. des O. A. G. in Bayern, s. Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XX. S. 182.

Wohl scheint es hier, wie auch

ad b) nach der Ansicht vieler Rechtsgelehrten hauptsächlich auf die Frage anzukommen, ob die praesumtio pro possessore das Uebergewicht über die praesumtio pro libertate habe, und da stimmen denn Viele*) zu Gunsten der Ersteren, woraus folgt, daß der Kläger die Freiheit seines Eigenthums beweisen müßte; nicht so Glück l. c. Bd. X.

---

*) S. die in Glück's Commentar Bd. X. S. 252. not. 4. angeführten Schriftsteller, welchen noch beizufügen sind: Schweppe röm. Privatr. Bd. II. § 314., Thibaut System des P. R. § 371. (Ed. 8.), Samhaber in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 133., Pfeiffer vermischte Aufsätze S. 205., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 151., Seuffert civilist. Erörter. no. 1., Linde in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. Bd. I. S. 155., Luden Lehre v. d. Servituten S. 277., Weber Beitr. zur Lehre von Klagen u. Einreden Stck. 2. u. 3. no. 16., W. H. Puchta von gerichtl. Klagen § 86. no. 5., Reuter in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. XII. S. 446.

S. 252., welcher sogar bezeugt, daß der Grundsatz: „wer eine Servitut behauptet, müsse allemal dieselbe beweisen, er mag sich nun im Besitz derselben befinden oder nicht," seit Accursius die meisten Anhänger gehabt habe, von welchen er namentlich Wernher, Walch, Hugo, v. Savigny, Zachariä, Gebrüder Overbeck u. A. anführt, so auch Mühlenbruch im Lehrb. Bd. II. § 296., Warnkoenig Comm. jur. rom. priv. T. I. pag. 475., Kori im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 98., Heffter in seiner neuen Ausgabe v. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 284., Löhr Magazin Bd. III. S. 507., Borst v. d. Beweislast S. 132. und Hufeland Beiträge St. 4. no. 10., Mittermaier im civilist. Archiv Bd. XIX. S. 285., Franke das. Bd. XXI. S. 1 ꝛc., Vollsack D. de onere probandi in act. negatoriis. Lips. 1829., v. Hartitzsch Entscheid. prakt. Rechtsfr. no. 282., Heerwart in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 150. u. 151. not. 1. Insonderheit bekämpft die entgegengesetzte Meinung Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 341. und v. Vangerow l. c., welcher in Uebereinstimmung mit Puchta über die Negatorienklage im Rhein. Mus. Bd. I. S. 165. consequent dabei verharrt, daß dem Negatorienkläger nie etwas weiter obliegen könne, als sein Eigenthum zu beweisen, welches ihn von selbst gegen jeden partiellen Eingriff schützen müsse,*) daher ihm nicht noch der Beweis, daß dem Beklagten keine

*) Hieraus erhellt von selbst, daß mit Recht die oben angezogene Frage, ob die praesumtio pro libertate oder pro possessore stärker sey, als ganz nutzlos von den Meisten verworfen wird; denn was im Begriff des Eigenthums liegt, bedarf keiner Vermuthung. Damit ist nun wohl auch ein neuerer Schriftsteller, s. Pape über die Beweislast bei der act. confess. und negator. in Linde's Zeitschr. Bd. XVI. S. 194., einverstanden, vertheidigt aber dagegen ein anderes Princip nach Schweppe im röm. Privatr. § 314.: „daß die Freiheit von der Beweislast lediglich durch das Beklagten-Verhältniß bestimmt werde." Die deutschen Gerichtshöfe sind bald dieser bald jener Meinung zugethan. Z. B. den Grundsatz, daß dem im Besitz befindlichen Beklagten gegenüber der Negatorienkläger beweispflichtig sey, hat das O. A. G. in Lübeck in neuerer Zeit adoptirt, s. Hamburger Samml. Bd. I. H. 1. S. 68., eben so das Obertribunal in Stuttgart, s. Hufnagel Mittheil. aus der Praxis der Würtembergischen Civilgerichte N. F. H. I. S. 85., ungeachtet bei den Würtembergischen Gerichten früher die entgegengesetzte, auch von Göschen in den Vorlesungen über das gem. Civilr. Bd. II. S. 67. vertheidigte Thesis des O. A. G. des Herzogthums Nassau und des Großherzogthums Hessen große Stütze gefunden hatte, s. Hufnagel l. c. — Die Praxis des O. A. G. in Bayern schwankt noch unentschieden zwischen den beiden entgegengesetzten Meinungen, s. Blätter f. Rechtsanw. Bd. XX. S. 181.

Servitut zustehe, zugemuthet werden könne. Die Stütze, welche die Gegner in den von ihnen angerufenen Beweisstellen zu finden glauben, wird nämlich mit Folgendem entkräftet:

a) Die l. 15. D. 39. 1. spreche blos von Ungehorsamsfolgen, in dem Fall, da Derjenige, welcher wegen einer angemaßten serv. altius non tollendi mit der Negatorienklage belangt worden war, contumax gewesen; nach diesem Gesetz hätte nämlich — wäre der Verklagte nicht ungehorsam gewesen — der Kläger sein Eigenthum beweisen müssen, und hätte er diesen Beweis nicht erbracht, so wäre er abgewiesen worden, selbst wenn der Beklagte den Beweis des Servitutenrechts nicht erbringen konnte, l. 5. pr. in f. D. 7. 6. Diesen Vortheil verliert nun der ungehorsame Beklagte, indem er jetzt unter keiner andern Voraussetzung ein siegreiches Urtheil erlangen kann, als wenn er wirklich die Existenz des behaupteten Servitutrechts darthut.

b) Die l. 8. § 3. D. 8. 5. enthalte gar nichts über die Beweislast, da sie blos die Frage über den Besitzstand berührt.

c) Die Analogie, welche man aus der Bestimmung der l. 14. D. 22. 3. und l. 7. § 5. D. 40. 12. von der Beweislast über die Freiheit eines Menschen hernimmt, sey unpassend. Wenn sich nämlich Jemand faktisch in Sklaverei befindet, so verstehe sich wohl von selbst, daß er die Behauptung seiner Freiheit (d. i. des Eigenthums über sich selbst) als das Fundament seiner Klage beweisen müsse. Ganz anders sey es aber bei der Negatorienklage, denn bei dieser sey ja nicht die Freiheit seines Eigenthums, sondern das Eigenthum selbst*) das Fundament der Klage, und habe Kläger dieses bewiesen, so brauche er nichts weiter zu beweisen. Nur dann, wenn er die Servitut als einmal existent zugesteht, aber deren Erlöschung behauptet, muß er diese als seinen Klaggrund beweisen.

Mit der confessorischen Klage könne es folgerecht auch nicht anders seyn, als daß der Kläger die behauptete Servitut, er mag sich nun in deren Besitz**) befinden oder nicht, beweisen müsse, s. Glück P. C.

---

*) Daß hier auch die actio Publiciana dienen könne, wenn eine quasi traditio der Servitut stattgefunden hat, ist unbezweifelt, s. Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 293., Puchta Lehrb. der Pand. § 16?., Luden Lehre von den Servituten § 100. S. 280.

**) Man sollte wohl glauben, der Besitzer der Servitut könne die Confessorienklage eben so wenig anstellen, als der Besitzer einer körperlichen Sache



Bd. X. S. 283., und außerdem noch, wenn er eine Realservitut in Anspruch nimmt, ihm auch der Beweis seines Eigenthums *) an der herrschenden Sache, im Fall dieses in Widerspruch gezogen ist, obliege.**) So richtig diese Grundsätze auch sind, so wenig ist doch der Rath zu verwerfen, welchen Schmidt in den hinterlassenen Abhandl. Bd. I. S. 223. dem Negatorienkläger gibt, sich nicht mit vielerlei

---

die Vindicationsklage; allein die Vindication einer Servitut hat allerdings etwas Abweichendes, s. § 2. J. 4. 6. — Glück P. C. Bd. IX. § 620. S. 1., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 379.

*) Nicht blos seines Besitzes, wie zuweilen angenommen wird, s. Struben rechtl. Bedenken Thl. IV. no. 105., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. III. th. 22. not. 6., s. dagegen l. 2. § 1. l. 6. § 3. D. 8. 5., wonach Kläger, wenn auch gleich nicht zum strengen Beweis des Eigenthums, doch zur Darlegung eines zur Uebertragung geeigneten Titels gehalten ist, s. v. Hartitzsch Entscheidungen no. 378.

**) Die oben vorgetragenen Grundsätze müssen auch den Ausschlag geben bei der actio negatoria restrictiva, welche der Eigenthümer der dienenden Sache gegen ungebührliche Ausdehnung einer an sich zugestandenen Servitut gebraucht, s. W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen § 81., Höpfner Institt. Comm. § 388. not. 2. Die Ansichten sind zwar auch hier verschieden. Glück im P. C. Bd. X. S. 259. und Schmidt in den hinterlassenen Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. I. S. 223. nimmt an, der Negatorienkläger müsse die von ihm behauptete Einschränkung der zugestandenermaßen existenten Servitut darthun, cf. Leyser Sp. 109. Med. 7., Sp. 416. Med. 1. Sp. 417. in Coroll. Allein das Zugeständniß der Servitut befreit den Servitutberechtigten nur in so weit von der Beweislast, als er nicht über den gemeinrechtlichen oder landesgebräuchlichen Inbegriff der Servitut oder über deren durch das Herkommen genugsam bestimmten Umfang hinausschreitet, Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 34., Weißgerber in Linde's Zeitschr. Bd. XVII. S. 299. Daß man sich statt der Negatorienklage auch der Provocationsklage bedienen könne, s. v. Hartitzsch Entscheidungen no. 328., ist der richtigeren Meinung gemäß, daß letztere nicht blos ein subsidiäres Rechtsmittel sey, Breitenbach im civilist. Archiv Bd. IV. S. 65., Gottschalk Disc. for. T. III. Cap. XII. pag. 158.

Hier kann auch noch die Frage aufgeworfen werden: wenn das Eigenthumsrecht, in welches sich ein Anderer einen Eingriff erlaubt, mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht, ist dann jeder Miteigenthümer zur Anstellung der negatorischen Klage in solidum befugt?

Rücksichtlich der confessorischen Klage ist die bejahende Entscheidung in l. 4. § 3. D. 8. 5. ausdrücklich enthalten. Sie muß aber wegen Gleichheit des Grundes, welcher in der Untheilbarkeit der Servituten liegt, auch für die Negatorienklage gelten, indem die Freiheit einer Sache nicht minder den Charakter der Untheilbarkeit an sich trägt, Glück P. C. Bd. X. S. 235. Erk. der jurist. Facultät zu Göttingen in Seuffert's Archiv Bd. VII. H. 3. S. 340.

Assertern zu befassen, wie z. B., daß er sich seit längster Zeit im Besitz der Freiheit befinde, daß der Beklagte sich die Dienstbarkeit heimlich, bittweise oder mit Gewalt anmaße; denn dadurch gibt er selbst zur Ueberbürdung mit Beweisen Anlaß.

b) Possessorische Rechtsmittel.

Rücksichtlich dieser wird auf die in diesem Bande vom Besitz und Sachenrecht Kap. I. § 7. S. 45. ff. enthaltene Erörterung der possessorischen Interdicte zurückverwiesen.

---

§ 7. Servitutenähnliche Rechte. Deutschrechtliche Reallasten.

Vorbemerkung.

Bei der Reallast,*) als einem der ächt deutschen dinglichen Rechtsverhältnisse, stehen, als Recht und Pflicht aufgefaßt, zwei Personen zu einander in einem obligatorischen Verhältnisse, dessen Grund (causa) nicht ein Vertrag, sondern lediglich der Besitz eines Grundstücks auf Seiten des Verpflichteten ist, und da der Besitzer als solcher, d. h. ohne daß er darüber irgend mit dem Berechtigten sich zu benehmen braucht, gleichsam ex lege dem Berechtigten verpflichtet wird, so liegt gerade in diesem stillschweigenden Uebergehen bestimmter positiver Verpflichtungen von Einem auf den Andern, nach dem bloßen Wechsel des Besitzes in den Grundstücken, das Criterium der Reallast.

Wohl sind dem römischen Rechte Reallasten nicht fremd; es kommen vielmehr in demselben Beispiele vor, wo einzelne Staats- und Communallasten als Reallasten erscheinen. So heißt es z. B. von der Grundsteuer in l. 7. pr. D. de publio. (39. 4.) in vectigalibus *ipsa praedia*, non personas conveniri. Auch gehören hierher die zum Besten des Staats zu leistenden Spanndienste (angariae), s. l. 1. C. de cursu public. et angar. et parang. (12. 51.). Dasselbe gilt von den durch den Communal-

---

*) In alten Urkunden servitium reale genannt. Duncker die Lehre v. d. Reallasten S. 61. gibt folgende Definition: „Eine Reallast ist die Verpflichtung einer unbeweglichen Sache, wodurch dieselbe als Subject einer zum Besten einer Person oder eines Grundstücks vorzunehmenden Leistung erscheint."

verband begründeten Lasten der Grundstücke, z. B. den Kosten zur Erhaltung der öffentlichen Anstalten, als Cloaken, Wasserleitungen, Wege ꝛc., l. 6. § 4. 5. l. 18. § 21. 25. D. de muner. (50. 4.) — l. un. § 3. D. de via public. (43. 10.). Aber unbekannt sind dem römischen Rechte die in das Gebiet des Privatrechts gehörenden, in Deutschland so häufig vorkommenden Reallasten, was sich daraus erklärt, daß die Verhältnisse, welche dieser Art von Reallasten ihre Entstehung gaben, dem germanischen Rechte eigenthümlich sind. Eben der Umstand, daß das römische Recht diese Verhältnisse nicht kannte, macht es begreiflich, daß über die Natur derselben viele Streitigkeiten entstanden, *) indem man

A. entweder den Charakter eines Forderungsrechts zum Grunde legte, subjectiv-dingliche Rechte (ein wahres juristisches Amphibium), oder

B. einen dinglichen Charakter als Hauptmerkmal auffaßte, und zwar entweder

   a) diese Lasten als servitutes in faciendo oder

   b) als eine eigene Art der dinglichen Rechte neben Servituten und Pfandrecht aufstellte, oder

C. eine Unterscheidung der mit Proprietätsrechten an dem Gute verbundenen von den ohne diese Rechte vorkommenden Reallasten machte, oder

D. das Recht auf die Realleistung als Pertinenz des Rechts an dem pflichtigen Grundstücke ansah, oder

E. sie in drei Klassen, 1) nach Analogie der Emphyteuse, 2) der Servituten, 3) der reinen Forderungsrechte theilte, oder

F. das Grundstück als den Schuldner ansah, so daß der Besitzer nur das Gut repräsentirt. Vergl. hierüber die Monographie von Duncker, die Lehre v. d. Reallasten in ihren Grundzügen dargestellt. Marburg 1837., Mittermaier Handb. des deutsch. Privatr. (6. Ausgabe. 1842.) Bd. I. § 466., Maurenbrecher deutsch. Privatr. Bd. I. § 323., Albrecht die Gewere § 18.

Reallasten, Grundlasten, onera realia, heißen ewig wiederkehrende Leistungen (ewige Lasten), welche der Besitzer eines Grundstücks als solcher, d. h. wegen seines Besitzes, zu

---

*) Vergl. unter Anderen Vollgraff im Beilagenheft zum IX. Bde. des civilist. Archivs.

erfüllen hat. Aus der obersten Idee des Instituts der Reallasten, nach welcher das ganze Rechtsverhältniß durch den Besitz bedingt ist, folgen von selbst die nachstehenden Sätze:

1) daß die Verbindlichkeit des Besitzers aufhört, wenn er den Besitz freiwillig aufgibt (derelinquirt), s. l. 3. C. de fund. patrim. (11. 61.), Duncker a. a. O. (S. 78.), oder sonst verliert, und daß sie
2) nicht eher beginnt, als bis dessen Besitz anfängt; es genügt hierbei, wenn auch nur einmal die Pflicht wirklich geleistet worden, c. 31. X. de decim.
3) daß bei Subhastationen die Verpflichtung, weil sie eine dingliche, d. h. gegen jeden Besitzer gehende ist, nicht verloren geht; denn die Pflicht, Reallasten zu leisten, ist unzertrennlich von dem pflichtigen Grundstücke, Mittermaier a. a. O. § 174. no. 4., Hänsel die Lehre vom Auszug S. 135. 177. (Leipzig 1834.)
4) daß beim Concurse des Besitzers die Masse der Gläubiger die Verpflichtung übernehmen muß, so daß auch die Leistungen aus Reallasten, wie andere laufende Abgaben, prästirt werden müssen; nur daß hier, im Concurse nämlich, ein Vorzugsrecht erst dann angenommen werden kann, wenn es die Landesgesetze aussprechen, Schweppe Conc. d. Gläubiger S. 70., Gründler Polemik Bd. I. S. 299., Einert Erörterungen einzelner Materien des Civilrechts (Dresden 1840.) no. 1. Deshalb bemerkt auch Pfeiffer in seinen praktischen Ausführungen Bd. IV. S. 140.: „Eine der „wichtigsten Folgen der Eigenschaft der Leibzucht als „einer Reallast des damit beschwerten Guts ist, daß dieses „nicht ohne die Verbindlichkeit zu dieser Leistung veräußert, „und auch nur mit diesem Vorbehalte ein öffentlicher Ver„kauf wegen Schulden des neuen Gutsbesitzers stattfinden „kann. Daß bei einem öffentlichen Verkauf des Guts die „Auszugsleute sich wegen ihres Auszugs (Leibzucht oder „Winkel und Ausnahme) mehr an die Kaufgelder, als an „das Gut selbst zu halten verbunden wären, wie die Leip„ziger Juristenfacultät in einem, von Klingner in der „Sammlung zum Dorf- und Bauernrecht Thl. I. Kap. 20. „§ 190. und Beil. 221. mitgetheilten Erkenntnisse v. J. „1722. ausgesprochen hat, ist bereits von diesem Schrift„steller selbst widerlegt worden."

5) daß Derjenige, welcher die Lasten erweislich trägt, einen weiteren Beweis seines Besitzes im Prozesse nicht zu erbringen braucht, Brockes sel. Obs. for. no. 39., und sowie der Berechtigte sich in so fern
6) zur Sache activ legitimiren muß, als er nachweist, daß er noch das berechtigte Gut besitzt oder das Amt bekleidet, an welches das Recht geknüpft ist, z. B. wenn Zinsen oder Zehnten als Einkünfte einer Pfarrei bestimmt sind, so liefert er eben so die passive Legitimation dadurch, daß der von ihm in Anspruch Genommene Besitzer des pflichtigen Grundstücks ist;
7) daß die ganze Reallast jeder Besitzer trägt, welcher die Nutzungen des Grundstücks zieht, Hagemann Landwirthschaftsrecht S. 308., ohne Unterschied, ob er mit einem dinglichen oder mit einem bloßen persönlichen Rechte besitzt. Nur der Pächter ist davon gewöhnlich ausgenommen, weil er nicht allein, sondern der Pachtherr mit ihm an den Nutzungen Theil nimmt. Vergl. l. un. § 3. in f. D. de via publica (43. 11.), Maurenbrecher Lehrb. des deutsch. Privatr. Bd. I. § 321. Mittermaier a. a. O. Bd. I. § 172. no. 9. stimmt im Wesentlichen damit überein, indem er die Klage da, wo die Last mit den auf den Grundstücken gewonnenen Früchten zusammenhängt, gegen Jeden (selbst den bloßen Detentor), der die Früchte des Guts bezieht, bei den übrigen Lasten nur gegen Den richten läßt, der im eigenen Namen besitzt.

Die Entstehung der deutschen Reallasten läßt sich auf vielerlei Quellen zurückführen: a) auf die vormalige Leibeigenschaft; b) auf Vergeltung der Verleihung von Gütern und Grundstücken zu Baurecht und Eigenthum; c) auf Vogtei- und Gerichtsherrschaft; d) auf die Kirchengewalt, in Betreff von Zehnten 2c.

In Ansehung der Frage: was für Prästationen unter den Begriff von Reallasten zu subsumiren seyen, sind die Meinungen zwar größtentheils verschieden; doch ziemlich allgemein als solche anerkannt sind: 1) Grundsteuern*) und Landfolge; 2) Gemeindelasten, sofern sie auf Grundstücke radicirt sind; 3) die Deich- und Siellast (Siele, Schleuse); 4) der census realis, und zwar ent-

*) Abweichend ist hier aus unerheblichen Gründen Vollgraff im civil. Archiv Bd. IX. Beil. S. 177., s. dagegen Duncker l. c. § 39.

weder constitutivus (z. B. durch den Rentenkauf) oder reservativus, wenn der Eigenthümer bei Uebertragung des Eigenthums den Zins sich vorbehält oder bei Verleihung des Guts den Zins zur Anerkennung des bei dem Zinsherrn zurückbleibenden Obereigenthums reservirt, s. Runde deutsch. Privatr. § 505., Mittermaier § 156., Eichhorn § 164. 252., Maurenbrecher § 264. — 5) der emphyteutische Canon,*) s. Albrecht die Gewere S. 184., Maurenbrecher § 265. — 6) der Lehendienst, s. Eichhorn § 164., Philipps Grundsätze des deutsch. Privatr. Thl. II. S. 93.**) — 7) die bäuerlichen privatrechtlichen Lasten, s. Eichhorn § 161., Maurenbrecher § 264., Albrecht die Gewere S. 177., Hagemann Landwirthschaftsrecht § 251 rc., welche jedoch Duncker in der Lehre von den Reallasten § 50. nur in so fern als Reallasten anerkennt, als sie nicht auf den Grund eines Leihvertrags gefordert werden. — Indessen wird auch in diesem Falle ungefähr dieselbe Folge dadurch hervorgebracht, daß jeder neue Besitzer das Gut aus den Händen des Obereigenthümers empfangen muß. Der Gutsherr kann sofort, wie auch Duncker l. c. anerkennt, verlangen, daß der neue Erwerber des Colonats den mit dem Vorgänger abgeschlossenen Leihvertrag erneuere, und die darin versprochenen Leistungen auch seiner Seits übernehme, und hat, wenn er sich weigert, die Klagen gegen ihn, welche ihm als Eigenthümer überhaupt zustehen. Auch ist die Bestimmung, daß der Erbleihemann sein Recht am Colonate nur mit Einwilligung des Gutsherrn veräußern könne, als Regel des gemeinen Rechts anerkannt, s. Duncker l. c. S. 201., Eichhorn § 259.

Mehreren Zweifeln ist es unterworfen, ob außer dem Falle, wo Hausgesetze es verfügen, Apanage und Witthum, wie von Mehreren geschieht,***) den Reallasten beigezählt werden dürfen.

*) Duncker l. c. § 48. erkennt denselben, sowie das solarium bei der superficies, nur für contractliche Leistungen und deshalb nicht für Reallasten.

**) Aus dem Grunde, weil sie auf dem Investiturvertrage beruhen, erkennt jedoch Duncker sie nur für persönliche Verbindlichkeiten.

***) Siehe Maurenbrecher deutsch. Privatr. § 574., Kind Qu. for. T. I. c. 20., Mittermaier deutsch. Privatr. § 400., Eichhorn l. c. Doch ist der Standesgebrauch des hohen Adels wohl nicht in Abrede zu stellen, s. Köhler Handb. des deutsch. Privatfürstenrechts § 119., insbesondere in Folge der nach Art. 14. der Bundesacte bei den Mediatisirten des hohen Adels jetzt nothwendigen Bestätigung der Hausgesetze.

Dasselbe gilt von Abschoß und Nachsteuer soweit dergleichen noch nach der deutschen Bundesacte in Deutschland bestehen kann. Manche erkennen sie als Reallasten, weil sie auf dem Vermögen als einem Ganzen haften; s. Ortloff Grundz. § 241., dagegen Duncker l. c. § 47. Bodmann inneres Territorialverhältniß des Abzugs- und Nachsteuerrechts S. 288.

Von bäuerlichen Lasten im Allgemeinen,*) insbesondere Grundzinsen**), Schutzgeldern.

1) Haften mehrere Besitzer eines mit Reallasten belegten Guts oder mehrere Grundeigenthümer einer mit einer gemeinschaftlichen Abgabe belasteten Flur in solidum oder pro rata?
2) Sind die Gutsnachfolger für die von ihrem Vorbesitzer in Rückstand gelassenen Reichnisse einzustehen verpflichtet?
3) Was für Klagen sind zur Verfolgung einer Reallast gegen den Besitzer des pflichtigen Gutes gegeben?
4) Am häufigsten sind die deutschen Reallasten durch Herkommen begründet, und daß sie auch durch Vertrag und testamentarische Bestimmung erworben werden können, läßt sich wenigstens unter gewissen Bedingungen annehmen, indessen ist doch die Frage natürlich, wie kann ein bloßer Vertrag seine Wirksamkeit auch auf Dritte erstrecken, und jeden Gutsnachfolger gleichfalls verbinden?
5) Können Reallasten auch durch Verjährung erworben werden, und welcher Zeitraum ist dazu erforderlich?
6) Da die Zeit der Leistung oder der Fälligkeit einer Reallast häufig nur auf Herkommen beruht, so fragt sich, ob der

*) Diese können, nachdem sie in Deutschland fast überall in der neueren Zeit durch Ablösung und Umwandlung beseitiget sind, wohl nur um des rechtshistorischen Zusammenhanges willen in Betrachtung gezogen werden. Gänzlich aber dürften hier wegfallen die Mortuarien. Diese ursprünglich aus der Hörigkeit entsprungenen, nach und nach auf die Gutsherrschaften übergegangenen Leistungen (Kurmede, Besthaupt, Fallrecht, todte Hand, Baulebung, Büttheil, auch Todtlaib. Todtlaib) werden insgemein als eine persönliche Last betrachtet. Wo sie nicht als eine mit der Leibeigenschaft zusammenhängende Abgabe mit oder ohne Entschädigung aufgehoben sind, muß auf die besonderen Landesgesetze und Gewohnheiten verwiesen werden.

**) Vergl. folgendes Kap. IV. von der Emphyteuse.

Pflichtige durch den Eintritt dieses Zeitpunktes von selbst oder erst durch Mahnung in moram versetzt werde?

7) Kann die Berechtigung zu einer Reallast ohne Unterschied an Andere übertragen oder abgetreten werden?

8) Kommt ein liberatorischer Vertrag auch dem Nachfolger im pflichtigen Gute zu Statten?

9) Wenn gleich im Allgemeinen der Grundsatz gilt, daß alle Obligationen präcis zu erfüllen sind, so fragt sich doch, ob nicht die Umwandlung einer Naturalleistung in Geld dadurch zum wirklichen Recht werde, daß dieselbe durch rechtsverjährte Zeit gedauert hat?

10) Wie und wo ist der Zinspflichtige seine Natural- und Geld-Praestanda abzuliefern schuldig?

11) Ist der Berechtigte schuldig, dem Pflichtigen wegen der diesen betroffenen Unglücksfälle einen Nachlaß am Census, d. i. an den Stiften und Gülten zu gewähren?

12) Worin besteht der wesentliche Unterschied zwischen Zinsgütern (bona censitiva) und Erbzinsgütern (bona emphyteutica)?

13) Kann auch die Befreiung von Reallasten durch Verjährung erworben werden?

14) Kann der Erbzinslehenmann sich dadurch, daß er das Gut freiwillig dem Erbzinslehenherrn heimgehen läßt, von dessen Lasten befreien?

15) Wem gehört der in einem Erbzinsgut gefundene Schatz?

16) Wenn der Grundunterthan gewisse herkömmliche Leistungen aus dem Grund verweigert, weil sie seiner Behauptung nach aus der in neuerer Zeit aufgehobenen Leibeigenschaft entspringen, wem liegt der Beweis der Negative oder der Affirmative ob?

17) Wo s. g. Schutz- oder Herbergsgelder hergebracht sind, kann sie da der Gutsherr auch von den s. g. Austräglern oder Winkelsitzern fordern?

18) Revivisicirt eine durch Consolidation erloschene Reallast dadurch, daß der Berechtigte das an der belasteten Sache erlangte Eigenthum wieder veräußert?

Zu 1) Wenn nicht der Realberechtigte zu der Theilung des Guts den Consens ertheilt hat, so haften für Grundbarkeitslasten die gemein-

schaftlichen Besitzer in solidum, in der Regel sind aber Reallasten nicht wie Servituten untheilbar; Cap. 6. X. de religios. domibus. (3. 36.). Schwarz das Institut der Reallasten S. 47. — Ist von mehreren gemeinschaftlichen Besitzern eines Guts oder eines pflichtigen Districts ein Repräsentant bestellt, welcher die einzelnen Beträge einsammelt und im Ganzen abliefert, so deutet dies immer auf die fortdauernd solidarisch auf allen pflichtigen Theilen haftende Last; Mittermaier Grundſ. des allgem. deutsch. Privatr. § 175. u. 177. (Ed. 5.), Hänsel die Lehre von dem Auszug S. 142. Der Zinsherr kann, wenn das zinspflichtige Gut getheilt wird, die Stellung eines Vorträgers verlangen.

Zu 2) Zwar vertheidigen mehrere Juristen die bejahende Meinung, Franzke var. resol. Lib. I. no. 3., Mevii Decis. P. IV. Dec. 403. P. V. Dec. 318., Runde Rechtslehre von der Leibzucht § 60., Kreittmair Anmerk. zum Cod. Max. Bav. Th. IV. S. 490., indem sie nicht nur den Universal- sondern auch den Singular-Nachfolger haftbar machen wollen. Sie beziehen nämlich die den fiscus rücksichtlich der Steuern begünstigende l. 7. D. de publ. 39. 4. und l. 36. D. de jure fisci 49. 14. auf alle Reallasten. Neuerlich wird diese Meinung auch von Duncker Lehre v. d. Reallasten § 36. mit größerem Gewicht und strenger Consequenz vertheidigt. Der Berufung der Gegner auf l. 7. pr. C. de censibus (11. 57.) und l. 2. C. de fundis rei privatae (11. 65.) setzt er entgegen, daß l. 2. C. cit. nur von contractlichen Leistungen spreche, für welche (z. B. wenn auf den Grund eines Leihvertrags dergleichen von dem Inhaber eines dominium utile gefordert werden) der Nachfolger allerdings nicht einzustehen habe, die l. 7. cit. aber gar nicht anwendbar sey, weil sie blos von dem besonderen Fall handle, wo Jemand ein vom Vorbesitzer verlassenes Grundstück vom peraequator übernommen habe; denn da würde sich freilich Niemand zur Uebernahme gefunden haben, wenn er die Lasten vom Vorbesitzer her hätte übernehmen müssen. In Betreff eigentlicher Reallasten müsse man nothwendig annehmen, daß sie auf dem Grundstück haften bleiben, weil dieses das verpflichtete Subject sey, daher dem Besitzer, welcher die Rückstände nicht abführen will, nichts übrig bleibe, als das Grundstück zu derelinquiren und dem Berechtigten zu seiner Befriedigung zu überlassen. Roßhirt im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 60. unterscheidet, ob die Leistung des Vorbesitzers wegen Nichtanerkennung des Rechts oder nur morose ausgeblieben ist. Im ersten Fall gehöre die Nachleistung zur omnis causa, weshalb wenigstens der malae fidei possessor für die Rückstände hafte. Im zweiten Fall trete der Gesichtspunkt der mora und der damit verbundenen culpa ein, welche die Sache personell, mithin für den Nach-

folger unverbindlich mache. Die meisten neueren Rechtslehrer entscheiden sich jedoch indistinct für die Negative, wofern nicht eine Hypothek für die Reste durch besondere Gesetze gegeben ist, s. Thomas Fuldisches Privatr. Th. I. S. 274. (denn gemeinrechtlich läßt sich ein Unterpfandsrecht derselben wohl nicht behaupten; l. 81. § 1. D. 18. 1., Glück P. C. Bd. XIX. S. 58., Maurenbrecher deutsch. Privatr. Thl. I. S. 298., Gründler Polemik d. german. Rechts Thl. I. S. 298.), oder die Rückstände in dem Hypothekenbuche eingetragen sind; Schwarz l. c. S. 48., Mittermaier l. c. § 175., Boehmer J. E. P. L. II. Tit. 26. § 24., Eichhorn deutsch. Privatr. § 166. — Außerdem geht das onus reale zwar auf den Singular-, wie auf den Universal-Nachfolger über, und erlischt auch nicht durch die Subhastation des Guts; Leyser Spec. 236. Med. 7., Mittermaier l. c. § 174. — aber für die einzelnen Praestanda, oder für den Ertrag des mit einer dinglichen Klage allerdings zu verfolgenden Rechts haftet der Erstere nur von seiner Besitzzeit an, und wenn sich im laufenden Jahr der Besitz getheilt hat, wenn nämlich während desselben ein Nachfolger eingetreten ist, für das ganze laufende Jahr. Denn vor der Verfallzeit konnte der Berechtigte die Erhebung nicht vornehmen, es kann ihm daher nicht zugemuthet werden, sich im Fall einer Besitzveränderung zugleich an den Vorbesitzer zu wenden, vielmehr ist die Vertheilung lediglich Sache der Besitzer unter sich; s. die in v. Hartitzsch Entscheidungen rc. S. 1. angeführten Appellations- und Oberappellationsgerichtl. Erkenntnisse. — Dunckers Ansichten steht die auffallendste Schwierigkeit bei rückständig gebliebenen Frohnen und Zehnten entgegen. Richtiger scheint daher der Grundsatz, daß die Verpflichtung zu Reallasten, wie wir im Eingang bemerkt haben, schlechthin durch den Besitz bedingt sey, folglich weder rückwärts noch vorwärts sich über die Besitzzeit hinaus erstrecken könne; vergl. Maurenbrecher Lehrb. d. h. gem. deutsch. Rechts § 249. u. 250.

Zu 3) Die fälligen Leistungen werden durch eine actio in rem scripta eingefordert.*) Nach Analogie der Servitutenklagen wird durch die confessorische oder negatorische Klage entweder das Recht dazu behauptet, oder die Verbindlichkeit verneint; Schwarz l. c. S. 51. Der Negatorienkläger hat auch hier in der Regel nicht den Beweis der von ihm behaupteten Freiheit zu übernehmen, doch sind die Fälle zu-

*) Nach Duncker l. c. § 23. dient auch zu diesem Zweck act. confess. utilis. Für die durch einen Vorbehalt bei Uebertragung des dominium utile entstandenen Reallasten findet die Contractsklage Statt, l. c. S. 111.



weilen so geartet, daß er sich gleichwohl einer Beweislast nicht entziehen kann; z. B. wenn das Gut, auf welchem eine gewisse Reallast haftet, unbestritten in eine Klasse von Gütern gehört, welche eben durch diese Art der Belastung von andern Arten von Gütern nach der Landesverfassung unterschieden ist, so muß der Läugnende die Ausnahme von der Regel beweisen, sowie wenn der Universal-Zehent auf einer gewissen Flur beurkundet ist, derjenige, welcher sich des Zehents weigert, eine Exemtion beweisen müßte. Es unterliegt endlich in Folge des allgemein anerkannten praktischen Bedürfnisses keinem Zweifel, daß der zu einer Reallast Berechtigte auch possessorische Rechtsmittel, namentlich das interdict. uti possidetis und die Spolienklage gebrauchen könne;*) s. v. Savigny Recht des Besitzes § 49., Eichhorn deutsch. Privatr. § 166.

Zu 4) Diese Schwierigkeit wird dadurch gehoben, daß man den Vertrag oder die letztwillige Bestimmung in die öffentlichen Bücher eintragen läßt, welche nach Landesgesetzen zur Begründung dinglicher Rechte eingeführt sind, oder diejenigen Formen beobachtet, welche bei Verträgen über Immobilien und denselben gleich geachtete Gerechtigkeiten dem altdeutschen Institut der gerichtlichen Auflassung gemäß nach gemeiner deutscher, durch Particularrechte bestätigter Gewohnheit eingeführt sind.**) Mittermaier l. c. § 196., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I. S. 155. 2c., W. H. Puchta über die gerichtlichen Klagen S. 305. Hängen die Reallasten mit einem Proprietätsrecht zusammen, so hat es wohl am wenigsten Anstand; s. l. 20. § 1. D. 41. 1. quotiens autem

*) Die älteren Juristen gaben auch das interd. unde vi zur Wiedererlangung der durch Verweigerung der Leistung entzogenen juris quasi possessio, s. Gaill Obs. II. 10. no. 5. II. 75., wovon jedoch die Neueren, weil sich hier keine gewaltsame Dejection denken läßt, mit gutem Grund abgegangen sind; s. v. Savigny Besitz § 46., Roßhirt im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 60. Gegen das remed. spolii findet aber dieses Bedenken nicht Statt, weil es nicht, wie Roßhirt l. c. S. 65. annimmt, nothwendig eine gegen den Berechtigten verübte Gewalt voraussetzt; s. can. 3. C. 3. qu. I. verb.: „per quascunque injustas causas."

**) Nachdem die aus der gerichtlichen Auflassung im älteren deutschen Recht hervorgegangene Gewere im neueren Rechtszustand verschwunden ist, ist nämlich die Frage, ob eine Reallast aus einem Vertrag entstehen könne, äußerst streitig geworden. Dafür spricht Runde v. d. Leibzucht Th. II. § 36., Albrecht v. d. Gewere S. 182., Philipps Grunds. d. deutschen Privatrechts Bd. I. S. 298., Maurenbrecher deutsch. Privatr. § 253., Hommel Rhaps. Obs. 237. Nur ausnahmsweise und unter besonderen Bedingungen Eichhorn deutsches Privatr. § 163., Mittermaier deutsch. Privatr. § 176., welchen Duncker in der Lehre v. d. Reallasten 2c. unter weiterer umfänglicher Ausführung beistimmt.

dominium transfertur, ad eum, qui accipit, tale transfertur, quale fuit apud eum, qui tradidit; si servus fuit fundus, cum servitutibus transit. In den Fällen, wo ein Gutsnachfolger nicht ohne gutsherrliche Verleihung in den Besitz des Gutes eintreten kann, ist schon durch sie die Nothwendigkeit der Uebernahme der Reallasten im Verleihungsact immer neu begründet.

Zu 5) Die frühere Meinung der Rechtsgelehrten, als könne jedes Recht durch Verjährung erworben werden, s. Rave de praescript. § 49. 50. 65. 78. bis 88., ist nun wohl allgemein als verworfen anzusehen. Das römische Recht stellt hauptsächlich nur in Ansehung des Eigenthums, der Servituten und der Freiheit den Grundsatz auf, daß sie durch Verjährung erworben werden können. Diejenigen Rechtsgelehrten nun, welche die Reallasten unter den Begriff von Servituten stellen, lassen jene, wie diese, durch fortgesetzten Besitz in 10 oder 20 Jahren entstehen, s. Rave de praescr. § 117., Kind Qu. for. T. II. c. 71., Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. § 41. und eben so diejenigen Rechtslehrer, welche wenigstens die von Servituten geltenden Grundsätze auf die deutschrechtlichen Reallasten für anwendbar erachten, wie Maurenbrecher deutsch. Privatr. § 253. Diese Ausdehnung durch Analogie auf deutschrechtliche Reallasten wird aber von Mehreren s. Duncker l. c. § 28., Thibaut über Besitz und Verjähr. § 37., durchaus für unzulässig erachtet, wo nicht Landesgesetze dafür sprechen, wie z. B. in Sachsen eine Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen ausdrücklich statuirt ist; s. Haubold Lehrb. d. Sächs. Rechts. Für die Ansicht, daß bei deutschrechtlichen Reallasten der Verjährungserwerb nicht nach den Grundsätzen von Ersitzung der Servituten, sondern nach Analogie der Bestimmungen über außerordentliche Eigenthums-Ersitzung (durch 30jährigen Quasibesitz im guten Glauben) vor sich gehe, hat sich auch der oberste Gerichtshof zu München entschieden, s. Seuffert und Glück Blätter f. Rechtsanw. Bd. XVIII. S. 61. der Ergänz. Bl. Zur Vergleichung der verschiedenen Ansichten s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. § 196., Gerber deutsch. Privatr. § 169., Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. II. S. 118. 147., Bd. VII. S. 259. 265., Unterholzner die gesammte Verjährungslehre Bd. II. § 254., Eichhorn deutsch. Privatr. § 163. ꝛc., Schwarz das Institut der Reallasten S. 59., Duncker Lehre v. d. Reallasten § 29.

Unbestritten ist nur so viel:

a) Unvordenkliche Verjährung muß als undisputirliches Fundament des Rechts anerkannt werden.

b) Wenn auch eine erwerbende praescriptio definiti temporis nicht

angenommen werden kann, so hat doch der 30—40jährige Besitz in gutem Glauben — vorausgesetzt, daß die Leistung von der Art ist, daß sie auf Seiten des Empfängers einen Quasibesitz möglich macht — die Wirkung, daß er durch die in dieser Zeit erlöschende Negatorienklage nicht mehr entzogen werden kann; s. Unterholzner l. c. Bd. II. § 204., Duncker l. c. § 29..

e) Ist das Proprietätsrecht nach den Erfordernissen der gewöhnlichen Verjährung erworben, so entscheidet die Verjährung für das Proprietätsrecht zugleich über die Last, wenn diese aus jenem folgt. Hat also A. das dominium directum über das Gut des B. solchergestalt erworben, und zugleich während dieser Zeit gewisse Grundgefälle erhoben, so hat er auch gleichzeitig auf diese das Recht ersessen; s. W. H. Puchta über die gerichtl. Klagen S. 308., Eichhorn l. c. § 164.

Zu 6) Das Herkommen hat hier dieselbe Wirkung, wie bestimmte Verträge. Bei verspäteter Lieferung von Naturalgefällen hat daher der Berechtigte die Wahl, Naturallieferung oder baare Zahlung nach dem am Verfalltag bestandenen mittlern Marktpreis zu verlangen; s. Mittermaier l. c. § 179., Gebr. Overbeck Bd. V. no. 276., Hagemann Landwirthschaftsrecht S. 474.

Zu 7) In der Regel findet die Uebertragung an Andere Statt, c. 6. X. de rer. permut. (3. 9.) c. 2. X. de transact. (1. 36.) und hat durch einen gerichtlichen Act zu geschehen; s. Schwarz l. c. § 16.

Eine Ausnahme gilt jedoch in Ansehung solcher Reallasten, welche die Natur einer Servitut haben, indem sie entweder zum Besten eines gewissen Grundstücks constituirt sind, oder nur einer bestimmten Person zustehen können, wie dies bei der particularrechtlich als Reallast bestehenden Leibzucht der Fall ist; vergl. Runde Rechtslehre von der Leibzucht § 38., Duncker l. c. S. 164. Wo übrigens eine Uebertragung stattfindet, versteht sich von selbst, daß dadurch die Last für den Pflichtigen nicht vergrößert werden dürfe; s. Eichhorn l. c. § 165., Schwarz l. c.

Zu 8) Ja; pactum conventum cum venditore factum, si *in rem constituatur*, secundum plurium sententiam et emtori prodest, l. 17. § 5. D. 2. 14. —

Zu 9) Es dürfte wohl mehr Grund für die Meinung derjenigen streiten, welche in der Annahme eines Aequivalents statt der ursprünglichen Präſtation nur eine Convention für jeden einzelnen Fall erblicken, wodurch also das Zurückgehen auf den ursprünglichen Gegenstand, wenn dieser nur gewiß ist, s. v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter.

Bd. III. no. 34., Bd. VII. no. 43., nicht ausgeschlossen werden kann, wenn nicht

a) eine Weigerung, diesen zu leisten, eingetreten ist, bei welcher sich der Berechtigte so lange beruhigt hat, daß eine Verjährung des Rechts oder eine demselben entgegenstehende Observanz angenommen werden kann, s. Eichhorn l. c. § 167. a. E., Struben rechtl. Bedenken Thl. III. no. 64., v. Bülow u. Hagemann l. c., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 3. T. II. Obs. 92. 137. T. III. Obs. 160., Schwarz l. c. S. 66. u. 67. oder

b) wenn eine unvordenkliche Verjährung eingetreten ist; s. Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. S. 240. § 236. Indessen finden sich auch Autoritäten für die entgegengesetzte Entscheidung, nämlich für Zulässigkeit der Verjährung in Folge ununterbrochen und gleichförmig, ohne Protestation des Berechtigten und ohne daß ein Precarium sichtlich zu Grunde läge, geschehener Leistung des Aequivalents; s. Mittermaier l. c. § 197. (Ed. 5.), Boehmer Electa jur. civ. T. III. Ex. 18. § 28., Scherer über das Zehentwesen § 88.

Zu 10) Wenn das Recht darauf einem gewissen Gut anhängt, so muß der Pflichtige auf eigene Kosten und Gefahr den Grundzins — und zwar bei Naturalzinsen oder Gülten in Früchten, welche auf dem Gute selbst erzeugt sind, sofern diese vorhanden sind — auf das Gut, außerdem an den Wohnort des Berechtigten liefern, wenn nicht durch Herkommen ein Anderes begründet ist; s. Mittermaier l. c. § 179. Andere als auf dem Gut gezogene Früchte kann der Grundherr nicht fordern, wenn diese auch schlecht sind; Struben rechtliche Bedenken Bd. III. no. 12., v. Bülow und Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VII. no. 75.

Zu 11) Man muß hier wohl zwischen dem census reservativus und constitutivus unterscheiden. Ersterer ist nämlich ein solcher, welchen der Eigenthümer sich bei Ueberlassung des Guts vorbehalten hat, wohin alle Abgaben an den Grundherrn zu zählen sind, wenn der Besitzer kein volles Eigenthum hat. Dem auferlegten Zins (census constitutivus) liegt — das Gut mag nun im vollen Eigenthum des Besitzers seyn oder nicht — ein anderes Verhältniß zum Grunde, insbesondere Vogtei, Schutz, Gerichtsbarkeit und andere Rechte, z. B. für die Erlaubniß, Leseholz zu sammeln, oder im Wald zu grasen (Laubhühnerzins, Weidehühnerzins). Häufig war auch im Mittelalter ein Vertrag gebräuchlich, wonach Einer dem Andern eine Summe Geldes vorschoß, und sich da-

gegen auf dessen Gut einen jährlichen Zins verschreiben ließ (Rentenkauf, Gültenkauf). Der census constitutivus wird so genannt, weil der Constituent ihn auf ein Gut setzen läßt, an welchem ihm kein Eigenthum zugestanden war. An allen Zinsen solcher Art kann in der Regel kein Nachlaß gefordert werden; am census reservativus wird unbestritten ein Nachlaß dann statuirt, wenn der Zins mit den Früchten des Guts in der Proportion eines locarii steht, s. Eichhorn l. c. § 253., Mittermaier l. c. § 179., Danz zu Runde Bd. V. S. 289. Außerdem kann ein Nachlaß de jure nicht gefordert werden, wenn nicht besondere Landesgesetze es verordnen.

Bei der römischen Emphyteuse war dies bestimmt entschieden; l. 1. C. 4. 66. — Leyser Spec. 103. in f. Coroll. 4.: sterilitas, incendium, aliique casus fortuiti remissionem canonis non operantur. Bei den deutschen Erbzinsgütern pflegt das der locatio conductio entnommene, mithin auf das Erbzinslehens-Verhältniß nicht passende Entschädigungsprincip zum Besten des Erbzinsmanns auch wohl auf den Fall ex arbitrio boni viri ausgedehnt zu werden, wo man annehmen kann, daß der Natural- oder Geldzins in compensationem fructuum gegeben werde, wenn nämlich der census in einer größeren, nach dem Fruchtertrag ziemlich abgemessenen Prästation besteht; Glück P. C. Bd. VIII. S. 419., Danz zu Runde Bd. V. S. 249., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. VI. Tit. 3. § 13. — Cod. Max. Bav. Civ. P. IV. Cap. 7. § 9. no. 9. In der Regel aber muß man annehmen, wie Danz zu Runde Bd. V. S. 289. sagt: „kommt dem Erbzinsmann wahres Erbrecht und wahres Eigenthum (letzteres sey ein vollkommenes oder unvollkommenes) zu, so kann von Erlassung des Grundzinses wegen vorgefallener Unglücksfälle die Frage nicht seyn, sondern es tritt vielmehr der Rechtscanon ein: casum sentit dominus“ — s. auch Beck vom Erbzinsrecht Cap. X. § 2., Preuß. allgem. Landr. Thl. I. Tit. 18. § 683. 747. bis 764.

Zu 12) Am Zinsgut gebührt in der Regel dem Besitzer desselben das volle, nur mit der bestimmten Abgabe belastete Eigenthum, und der Zinsberechtigte steht mit dem Zinspflichtigen in keinem andern Verhältniß, als wie ein Realgläubiger. Ist aber Jemandem ein Gut vom bisherigen Eigenthümer zum nutzbaren Eigenthum, unter Vorbehalt gewisser zur Anerkennung des Obereigenthums zu leistenden Reichnisse überlassen worden, so ist die Uebertragung eines unvollkommenen Eigenthums oder die Eigenschaft eines Erbzinsguts anzunehmen, an welchem dem Erbzinsmann nur das nutzbare Eigenthum zusteht; Beck de jure

emphyteut. Cap. I. § 6., vergl. Preuß. allgem. Landr. Th. I. Tit. 18. § 680. rc. u. 813. rc.

Zu 13) Bezüglich dessen, was oben § 5. Fr. 3. u. 13. dies. Kap. S. 358. u. 359. gesagt worden ist, mag allerdings beim census reservativus, demnach insbesondere bei Erbzinslehen nach Analogie der praescriptio feudi anzunehmen seyn, daß zur erlöschenden Verjährung der emphyteutischen Qualität eine das volle Eigenthum involvirende Usurpation des Erbzinsmanns und 30—40jährige Beruhigung des Erbzinslehenherrn erfordert werde, Boehmer Princ. jur. feudalis § 369., wie es auch im Preuß. Landr. Th. I. Tit. 18. § 657. u. 812. angenommen ist, so ferne nicht das Recht des Lehensherrn im Hypothekenbuch evident gehalten wurde, cf. Beck de jure emphyteut. Cap. 14. S. 375. Wenn der Erbzinsmann das Gut verkauft und in der Eigenschaft eines vollkommen eigenthümlichen Guts transferirt hat, so kann der Käufer es in dieser Qualität in 10 oder 20 Jahren ersitzen, und den Obereigenthumsherrn davon ausschließen; Beck l. c.

Zu 14) Diese Frage ist nur in dem Fall zu bejahen, wenn das verliehene Gut ohne Schuld des Erbzinsmanns in einen solchen Zustand gerathen ist, daß dieser gar keinen Nutzen mehr daraus ziehen kann; Beck l. c. Cap. 14. § 3. S. 368., Leyser Sp. 105. Corr. I., Gebr. Overbeck Bd. II. no. 70. und Struben rechtliche Bedenken Thl. II. Bed. 144. verneinen jedoch, indem sie die Grundsätze der römischen Emphyteuse vor Augen haben, das Refutationsrecht oder Derelictionsrecht der Erbzinsleute und Meyer geradezu, jedoch mit der schwankenden Limitation: „wenn sonst keine rechtmäßigen Ursachen dazu da sind;" — vergl. v. Strombeck Beitr. zur Rechtswissenschaft Deutschlands, Abh. 3. über die Frage: wer trägt den Schaden, wenn ein Erbzinsgut ganz oder zum Theil vernichtet wird?

Zu 15) Die Meinungen hierüber sind verschieden. Diejenigen, welche dem Erbzinsherrn alle Rechte des Eigenthums vindiciren, welche er nicht ausdrücklich auf den Erbzinslehenmann übertragen hat, eignen dem Erbzinslehenherrn den gefundenen Schatz ganz zu, weil er nicht als Frucht oder Nutzung des Guts betrachtet werden kann. Hiernach kann der Erbzinsmann als solcher vom Schatz gar nichts, und als Finder nur die Hälfte davon erhalten; § 39. J. 2. 1., Lauterbach Diss. de thesauro th. 19. u. 27., Harprecht ad § 3. Inst. de locat. conduct. no. 272., Beck vom Erbzinsrecht Kap. 8. § 2., Nürnbergische Reformation Tit. 25. Ges. 1. Andere hingegen eignen den gefundenen Schatz dem Erbzinslehenmann ganz zu, indem sie ihn zu den außerordentlichen Nutzungen zählen; Struv. Syntagma juris feud.

cap. 12. Aphor. 5. Carpzov. P. II. Const. 53. Def. 6. no. 7., Mittermaier l. c. Bd. I. § 162. no. 5. S. 397. ff., Preuß. allg. Landr. Th. I. Tit. 9. § 94. Tit. 18. § 7. Wieder Andere, vom Princip des getheilten Eigenthums ausgehend, theilen den dem Eigenthümer als solchem zustehenden Anspruch auf den Schatz zwischen dem Obereigenthümer und Nutzungseigenthümer. Dieses Princip ist im Oesterreichischen Gesetzbuch § 399. u. 1143. angenommen, welches übrigens die Eigenthümlichkeit hat, daß dem Staat $\frac{1}{3}$ an dem gefundenen Schatz zusteht. Nach Hinwegnahme dieses fiscalischen Drittheils bekommt daher der Finder $\frac{1}{3}$ und das dem Eigenthum des Grundes zu Gute kommende $\frac{1}{3}$ wird zwischen dem Ober- und Nutzungseigenthümer gleichheitlich getheilt, so daß Jeder $\frac{1}{6}$ erhält, vergleiche das folgende Kapitel IV. Frage 7.

Zu 16) Mittermaier im deutsch. Privatr. § 99. (92.) sagt hierüber: „wenn der bisherige Leibherr Abgaben, welche vorher der Leibeigene leistete, noch fortdauernd als gutsherrliche Abgaben verlangt, muß er den Beweis ihrer von der Leibeigenschaft unabhängigen Natur führen; aber eben so muß das Recht dem Leibeigenen zustehen, den Beweis zu führen, daß eine von ihm als nicht leibrechtlich geforderte Abgabe eine leibeigenschaftliche sey.“ — Dabei ist nun vorausgesetzt, was in den wenigsten Fällen sich constatiren läßt, daß auf einem bäuerlichen Verhältniß früher der Zustand der Leibeigenschaft wirklich bestanden habe. Man wird vielmehr hier mehr als in irgend einem Fall bei dem Grundsatz stehen bleiben müssen, daß dem Besitzstand die Vermuthung der Rechtmäßigkeit zur Seite stehe. Abgesehen davon, daß der Zustand der Leibeigenschaft in vielen Gegenden Deutschlands seit unvordenklicher Zeit aufgehört hat, kommt besonders in Betracht, daß die bäuerlichen Lasten, welche mit der Leibeigenschaft verbunden waren, auch in den ältesten Zeiten sich nicht minder auf Gütern der Freien vorfinden. Wenn auch bei persönlichen Lasten sich noch am meisten der Ursprung aus Leibeigenschaft vermuthen ließe, so würde doch mit zulänglichem Grund nicht angenommen werden können, daß in Folge der neueren Gesetze, durch welche die Leibeigenschaft aufgehoben worden ist, alle Arten von Diensten und Abgaben cessiren müßten, welche nicht vorher schon bloße Reallasten waren. Z. B. Schutzgelder sind auf Gütern hergebracht, ohne daß davon auf den Leibzins der Leibeigenen nothwendig zu schließen wäre, s. Kreittmair Anmerk. zum bayer. Landr. Th. I. Kap. 8. § 13., Frohnen, ohne die mit der Leibeigenschaft verbundene absolute Dienstpflicht, s. Eichhorn deutsch. Privatr. § 71. Auch bei Freien wurde

oft vertragsmäßig *) das mortuarium und Besthaupt stipulirt, während wieder Leibeigene vorkommen, die gar kein Besthaupt geben, s. Mittermaier deutsch. Privatr. § 93. — Die neuen Gesetzgebungen sind daher selbst sehr schwankend, indem sie, z. B. das Würtembergische Gesetz v. J. 1817., alle Arten von Diensten und Abgaben, die nicht schon vorher bloße Reallast waren, bald mit bald ohne Entschädigung aufgehoben haben.

Zu 17) Der Gutsherr empfängt das Schutzgeld oder Herbergsgeld für die Erlaubniß, Andere als die Eingehörigen in das Gut aufzunehmen, dieser Grund schlägt aber nicht an bei dem Austrägler, welcher auf dem zuvor eigenthümlichen Gut vermöge eines theilweisen Eigenthums-Reservats sitzen bleibt.

Zu 18) Diese Frage ist nach Analogie der l. 30. pr. D. 8. 2. zu verneinen, ausgenommen, wenn der Erwerb der belasteten Sache aus einem solchen Grund angefochten wird, nach welchem derselbe als gar nicht geschehen angesehen wird, z. B. wenn er unter einer Resolutivbedingung geschah, und diese eingetreten ist, desgleichen im Falle der l. 57. pr. D. de usufr. (7. 1.), Duncker l. c. § 30.

Laudemien.**)

Laudemium, Handlohn, Auffahrt, Ehrschatz, oder die in noch gar vielfachen Benennungen vorkommende als unmittelbare Folge aus der bäuerlichen Zinspflicht nach der Parömie: „die Henne trägt den Handlohn auf dem Schwanz," zwar nicht immer und nothwendig, aber doch regelmäßig hervorgehende Reichniß jedes neuen Gutsempfängers beruht in

*) In dem preußischen Gesetz vom 25. Septbr. 1820. über die bäuerlichen Verhältnisse in dem ehemaligen Königreich Westphalen, Großherzogthum Berg 2c. wurde im Bergischen das Besthaupt als Reallast anerkannt, während es in den übrigen Provinzen als Folge der Leibeigenschaft aufgehoben wurde; § 9. u. 51.

**) Ob Laudemien die Eigenschaft einer Reallast haben, wie viele ältere Rechtslehrer angenommen haben, s. Glück P. C. Bd. VIII. § 615. und die in not. 75. citirten Schriftsteller, ist von Neueren mehrfach bestritten, s. Duncker l. c. § 54., Mittermaier § 444., Runde deutsch. Privatr. § 533. von Andern dagegen anerkannt, s. Maurenbrecher l. c. § 274., Ortloff Grundzüge § 239., Schwarz das Institut der Reallasten § 24. Nicht zu läugnen ist, daß Gesetz und Herkommen den Laudemien häufig die Eigenschaft einer Reallast beigelegt haben.

allen Beziehungen so sehr auf besonderen Gewohnheiten, Herkommen und Verträgen, daß über die Frage: wann, in welcher Größe, von welchen Personen und in welchen Fällen Handlohn zu entrichten sey, ob dasselbe nur auf einer persönlichen Verbindlichkeit beruhe, oder als Reallast auf dem bäuerlichen Gut hafte, s. Puchta über die gerichtlichen Klagen S. 298., Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanw. Bd. II. S. 314., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. § 172. (153.), Bd. II. § 496. — ob nicht nur Auffahrt, sondern auch Abfahrt zu prästiren sey, kaum etwas allgemein Gültiges aufgestellt werden kann.

Nächst den Grundprincipien:

a) daß das Handlohn erst in Folge wirklicher Besitzübertragung an den neuen Lehenmann rechtlich gefordert werden kann, so fern nicht die Landesverfassung und Verordnungen mit sich bringen, daß es nicht für die Beleihung, sondern für die Veräußerungs-Erlaubniß entrichtet wird;
b) daß eine schon in der ersten Beleihung begriffene Person, mithin der Descendent des letzten Besitzers handlohnfrei ist;
c) daß beim Rückgang eines Kaufgeschäfts nur dann das Laudemium wegfällt, wenn das Geschäft einer Nichtigkeit unterlag;
d) daß, wenn von mehreren Erben in absteigender Linie Eines das Gut übernimmt, und den Andern hinaus bezahlt, das Handlohn blos von der Summe der Hinauszahlungen zu berechnen ist, und
e) wenn Mehrere gemeinschaftlich ein Erbzinslehengut kaufen, sie nicht solidarisch verbunden sind, sondern einen tauglichen Lehenträger zu stellen haben, an welchen sich der Erbzinslehenherr zu halten hat,

muß auf die Schriftsteller verwiesen werden, welche sich diese Materie zur besonderen Aufgabe gemacht haben, s. Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanw. Bd. II. S. 312. ꝛc. 336—341., 365—408., Bd. III. S. 272., Glück P. E. Bd. VIII. § 611—615. 617. u. 618., ferner Frantzkius Tr. de laudemio. Jen. 1728., Besold thesaur. pract. s. v. vom Handlohn; Walch Diss. de laudemio a liberis parentibus suis successuris solvendo in Opusc. T. II. pag. 273., Brockes Diss. de herede fundi laudemialis in divisione hereditatis a laudemio non simpliciter immuni, Hoffmann Spec. jurispr. symbolicae veterum Germanorum, Henne Diss. de laudemio censuali vulgo von der Erbzinslehenwaare, Erfurt 1770., Lennep von der Leihe zu Landsiedelrechte, Beck Tr. de jure emphyteutico, Desselben Tr. von Nachsteuer und Handlohn mit Langens Anmerkungen, Bayreuth 1781., Schröters Abhandl. von der Lehen-

waare und andern Belehnungsgebühren, Struben de jure villicorum, v. Buri Abhandl. von Bauerngütern, Danz Handb. des deutschen Privatr. Bd. V. § 531. xc., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 221. T. III. Obs. 33. u. 34., Justi Veracii consuetudines Bambergenses pag. 62., Schwarz das Institut der Reallasten auf deutschen Bauerngütern, Erlangen 1827. Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät in Tübingen über 7 Rechtsfragen aus dem Lehenrecht (Beweiskraft des Saal= oder Lagerbuchs, Maßstab bei Berechnung des Handlohns, Handlohnsfreiheit des Heirathguts xc.) bekannt gemacht von Dr. C. F. A. Tafel, Oehringen 1843. — Ueber den Heimfall eines Erbzinsgutes wegen nicht bezahlten Canons, s. Schmalz neue Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle und Entscheidungen der Hallerschen Juristenfacultät Bd. II. S. 264.

Zehenten.*)

1) Da die Entstehungsart der Zehenten verschieden ist, so fragt sich bei der darnach gebildeten Eintheilung in geistliche und weltliche Zehenten, ob für die eine oder andere Eigenschaft eine Rechtsvermuthung streite, und aus welchen Quellen die Entscheidung vorkommender Zehentstreitigkeiten zu schöpfen sey?
2) Ist das Rechtsverhältniß eines ursprünglich weltlichen und eines ursprünglich geistlichen, aber in weltliche Hände übergegangenen Zehents verschieden zu beurtheilen?
3) Haftet das Zehentrecht auf dem Grund und Boden, oder auf den Früchten, oder auf beiden zugleich?
4) In welcher Zeit kann das Zehentrecht durch Verjährung erworben werden?
5) Was wird zum Groß= und was zum Klein=Zehent gerechnet?
6) Wem gebührt der Neubruch oder Novalzehent?

---

*) Vergl. G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. III. S. 521., daß hinsichtlich des Fortzählens von einem Acker auf den andern vorzüglich die Observanz zu beobachten sey. — Günther rechtl. Bemerkungen Th. I. S. 15. vom Lämmerzehent. — v. Bülow und Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VII. S. 228, Bd. IX. S. 342. vom Kartoffelzehent. — Im Badischen wird derselbe zum Großzehent gerechnet, s. v. Hohnhorst Jahrbücher des Oberhofg. in Mannheim Bd. I. S. 276. Mohn gehört zum Kleinzehent, ebend. Bd. IV. S. 224. Reps gehört zum Großzehent, ebendas. Bd. II. S. 281.

7) Was wird unter Universal- und Particular-Zehent verstanden?
8) Findet für ein allgemeines Zehentrecht eine juristische Vermuthung Statt, oder wem liegt der Beweis in streitigen Fällen ob?
9) Da man, so viel die nicht nur ursprünglich, sondern noch nach dem dermaligen Besitzstand geistlichen Zehenten betrifft, dem Pfarrer rücksichtlich desselben fundatam intentionem im Umfang seiner Parochie zugestehen muß, Cap. 18. X. de decimis (3. 30.), so fragt sich, ob im Zweifel auch der Kleinzehent für inbegriffen zu erachten sey?
10) Muß es sich der Zehentherr gefallen lassen, wenn der Besitzer eines zehentpflichtigen Felds dieses öde liegen läßt, und dagegen eine nicht zehentpflichtige Oedung cultivirt; oder wenn ein Grundstück durch veränderten Anbau dem auf eine Gattung von Früchten beschränkten Zehent, z. B. dem Groß- oder Kleinzehent, Heuzehent rc. entzogen wird?
11) Wenn Früchte gebaut werden, welche früher nicht bekannt oder nicht gebräuchlich waren, hat der Zehentherr des Grundes, auf dem sie gebaut werden, auch auf diese Anspruch, und nach welchen Grundsätzen ist zu entscheiden, ob dergleichen neue Früchte dem Großzehent oder Kleinzehent zu Gute kommen?
12) Kann der Privatzehentherr, welcher den Zehent auf den Brachfeldern nicht hergebracht hat, denselben nicht doch in dem Fall fordern, wenn die Brachfelder besäet werden?
13) Wenn Klee und Futterkräuter auf Brachfeldern und dazu cultivirten Oedungen gebaut werden, ist davon an den Universalzehentherrn auch der Zehent zu entrichten?
14) Man nennt es bekanntlich den stehenden Zehent, wenn der herkömmlichen Ordnung nach die Frucht nicht eher vom Acker fortgebracht werden darf, als bis nach vorgängiger Anzeige des Zehentpflichtigen die Auszehentung geschehen ist, dagegen nennt man es den fliegenden Zehent, wenn der Pflichtige seine Frucht, unter Zurücklassung des Zehents auf dem Felde, wegbringen darf, sofern der Zehentherr nicht in gewisser Zeit die Auszehentung vorgenommen hat. Beim stehenden Zehent hängt es lediglich vom Zehentherrn ab, wann er auszehenten lassen will, beim fliegenden Zehent muß der Zehentherr auszehenten lassen, wenn der Bauer

zu ernten beginnt. Es fragt sich demnach, für welche von beiden Ausübungsarten des Zehentrechts die Vermuthung gelte?

15) Kann der Zugzehent oder Naturalzehent durch langen Gebrauch in einen Sackzehent unabänderlich verwandelt werden?
16) Darf der Zehentherr beim Blutzehent das beste Stück wählen?
17) Kann beim Blutzehent von Jahr zu Jahr fortgezählt werden?
18) Ist das junge Vieh mitzuzählen, welches vor oder nach der Beschreibung umgekommen ist?
19) Steht dem Zehentherrn das Recht zu, von einem Acker auf den andern fortzuzählen?
20) Darf der Zehentherr die zehnte Garbe wählen?
21) Was ist in Ansehung des Lieferungsorts Rechtens?
22) Kann das Zehentrecht durch Nichtgebrauch in der zur Extinctiv-Verjährung erforderlichen Zeit erlöschen?
23) Kann dasselbe durch Verjährung erworben werden?

Zu 1) Wenn Gründler in der Polemik des germanischen Rechts § 227. die Vermuthung für den geistlichen Zehent nach dem Zeugniß einiger Schriftsteller geltend macht, so wird bezüglich Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. § 16—35. höchstens die, obwohl auch noch bestrittene, Behauptung zugegeben werden können, daß der Zehent seinem Ursprung nach am häufigsten als ein Kirchenzehent gefunden wird, s. Grimm Alterthümer S. 91., Eichhorn deutsch. Privatr. § 252. no. 3.; allein da es eben sowohl ursprünglich weltliche, als ursprünglich geistliche Zehenten gibt, und jene in Deutschland sogar älter sind, s. Boehmer Exerc. T. I. no. 18. § 4. 5. 23., so läßt sich wohl keine Vermuthung für den geistlichen Zehent aufstellen, s. Mittermaier deutsch. Privatr. § 183. (Ed. 5.), Maurenbrecher Lehrb. des heutigen gem. deutsch. Rechts Bd. I. S. 337., Schnaubert Erläuterung des Lehenrechts S. 225., Scherer rechtliche Bemerkungen über das Zehentwesen § 7—21. Die hauptsächlichen Entscheidungsquellen sind daher: Vertrag, Herkommen,*) Verjährung, Zehent-

*) Man kann wohl sagen, daß im Zehentwesen fast Alles durch Herkommen und Gewohnheit sich gebildet und befestiget hat, z. B. Zehentfreiheiten, das Zehentquantum, welches nicht immer im 10., sondern auch hie und da im 11., 20., 30., oder auch im 5. und 8. Theil besteht, s. v. Espen J. Eccles. univ. P. II. Sect. IV. tit. 2. cap. 8. no. 10., Struben rechtliche

ordnungen, und in deren Ermangelung das canonische Recht, soweit dessen Bestimmungen blos auf die Natur des Objects und nicht auf die Eigenthümlichkeiten Bezug haben, die aus der den Kirchenzehenten beigelegten Eigenschaft einer res spiritualis entstehen; Eichhorn deutsch. Privatr. § 252. u. 254., Struben rechtl. Bedenken Th. I. no. 102., Boehmer Instit. jur. canon. in praefat. § 11.

Zu 2) Der Unterschied zwischen geistlichen und weltlichen Zehenten ist zwar sehr wichtig wegen der Rechtsnormen, welche darauf anzuwenden sind, wegen der Verschiedenheit der Veräußerungs-Befugniß, und wegen der darauf ruhenden Lasten, insbesondere der Kirchenbaulast; Sartori von den Laienzehenten, Würzburg 1788., v. Dalwigk prakt. Erörter. S. 235. Wenn aber einmal ein geistlicher Zehent in weltliche Hände übergegangen ist, so könnte der Unterschied nur dann praktisch bleiben, wenn man, wie Einzelne versucht haben, der Spiritualität der Kirchenzehenten einen unauslöschlichen Charakter beilegen müßte; s. Endres Diss. de decimatore nobili favoris ecclesiarum parochialium quoad praescriptionem extinctivam participe § 22. in Schmidt's Thes. jur. eccles. P. VII. pag. 364.

Diese Meinung ist aber anderwärts gründlich widerlegt. Nachdem der Zehent durch eine von Seite der Kirche vorgenommene Veräußerung seinem ursprünglichen Zweck entzogen ist, ist auch seine erste Bestimmung und die damit in Zusammenhang gesetzte Spiritualität aufgehoben, und er kann nur als ein weltlicher Zehent gelten, gleichviel, wann er es geworden ist. Deputatione decimarum per ipsam translationem in alios mutata, earum spiritualitas desinat, necesse est; Riegger Instit. jurispr. eccles. P. III. § 490., Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. § 35. Die weltlichen Zehenten müssen deshalb auch von der Kirchenbaulast, welche den geistlichen Zehenten obliegt, freigesprochen werden; denn die Reparatur geschieht aus dem Kirchenvermögen, zu welchem

---

Bedenken Th. IV. no. 169., Pufendorf Obs. jur univ. T. III. Obs. 209., Boehmer de origine et ratione decimarum in Germania § 13. u. 14.; die Frage: ob von einem Acker zum andern fortgezählt werden darf, ob gewisse Früchte zum großen oder kleinen Zehent zu rechnen seyen, ob vom kleinen Zehent das Faselvieh gestellt werde, s. Schorch Resp. Erford. R. 256. no. 23.; ob der Zehent von einem Acker zweimal im Jahre gegeben werde, Cramer Obs. 637., Schweser Zehentrecht cap. 6. § 13., cap 13.; ob mit einem Zehent die Kirchenbaulast verbunden sey; was in Ansehung der Novalien zu beobachten sey; ob durch Veränderung des Anbaues, z. B. durch Verwandlung der Aecker in Wiesen, der Feldzehent auf solchen Grundstücken aufhöre und dergl.

aber die an weltliche Personen veräußerten Zehenten nicht mehr gehören. Es kann auch hier kein onus reale behauptet werden, weil die Verbindlichkeit zu contribuiren, die Eigenschaft der kirchlichen Sache voraussetzt, welche in den Händen eines weltlichen Besitzers, wenn er nicht Vasall der Kirche ist, in Ansehung seiner aufgehört hat; Schnaubert Erläuterung d. Lehenr. S. 269., Boehmer Princ. jur. canon. § 646. et autores ibi alleg. Haus D. de eo, quod justum est circa onus reficiendi aedificia ecclesiastica § 26. Michl Kirchenrecht für Katholiken und Protestanten S. 197. Im Allgemeinen sind über diese Materie folgende Schriften in Betreff der Kirchenbaulast zu bemerken: Reinhard über kirchliche Baulast, Stuttg. 1836. Die Pflicht der baulichen Unterhaltung der Cultusgebäude aus den Quellen des Bayerischen Rechts, Augsburg 1832., Permaneder die kirchliche Baulast oder die Verbindlichkeit der baulichen Erhaltung und Wiederherstellung der kirchlichen Gebäude aus den Quellen des gem. canonischen und bayerischen Rechts, München 1838., Helfert von der Erbauung, Erhaltung und Herstellung der kirchlichen Gebäude, nach dem gem. und besondern österreichischen Kirchenrecht, Prag 1834., Kritz Sammlung von Rechtsfällen Bd. I. S. 38., Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. VIII. S. 305., Lang im civilist. Archiv Bd. XXVI. S. 12. und 296., Helfert das. Bd. XXVII. S. 103.

Zu 3) Diese Frage ist deswegen sehr wichtig, weil sich an sie die Entscheidung mehrerer anderer Fragen knüpft, z. B. ob der Zehentpflichtige ohne Einwilligung des Zehentherrn die Art des Anbaues des zehentbaren Landes zum Nachtheil des Zehentherrn verändern kann, ob Früchte, deren Anbau erst in neuerer Zeit gebräuchlich geworden ist, dem Zehentrecht unterworfen sind und dergl. Die Meinungen sind verschieden. Am wenigsten möchte denen zuzustimmen seyn, welche den Zehent blos als ein onus fructuum ansehen, J. H. Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 3. § 30., G. L. Boehmer Princ. jur. canon. § 650. u. 653., Spring nützliche Vorstellung u. Ausübung des Zehentrechts Kap. 8. § 11., denn wenn gleich in der ursprünglichen Entstehung aus der Israelitischen Verfassung die Zehententrichtung nur ein onus fructuum war, so ist dies doch auf keine andere Verfassung anwendbar. — Man würde wohl keinen Augenblick Bedenken tragen, das Zehentrecht als onus fundi schlechthin anzuerkennen, wenn der Zehent noch und überall den universellen Charakter behalten hätte, wie er sich in den altdeutschen Parömien ausgedrückt findet: „wo der Pflug hingehet, da geht auch der Zehent hin," und „was der Acker trägt, das ist zehentbar," oder wie das canonische Recht den Pfarrzehenten bestimmt ausgeprägt hat. Beim Universalzehent ratione

locorum et fructuum fällt es wohl in die Augen, daß der Zehent ein onus fundi seyn muß, woraus dann von selbst folgt, daß ihm auch solche Früchte unterworfen sind, welche vorher in der Gegend unbekannt und ungebräuchlich waren; v. Cramer Wezlarische Nebenstunden Thl. LXXXVIII. Abh. 1. § 3. Abh. 3. § 9., Orth Samml. merkw. Rechtshändel Thl. II. no. 3. § 4., Mevii Decis. P. IX. Dec. 69. Hier und da findet man auch noch dieses Grundprincip, daß der Zehent auf dem Grund und Boden hafte, bestimmt ausgesprochen, z. B. in den Baireuthischen Verordnungen; s. Arnold Beiträge zum deutschen Privatrecht Bd. II. S. 222. Das canonische Recht spricht es auch auf das Bestimmteste aus, daß das Zehentrecht ein onus reale fundi et fructuum sey; c. 21. 24. 26. 28. 30. 32. und 34. X. de decimis (3. 30.) cap. ult. X. de parochiis. (3. 29.) Allein eine der verdrießlichsten Lasten, wie der Zehent, konnte ihren universellen Charakter im Lauf der Zeiten nicht durchaus behaupten, ja ein Universalzehent im vollen Begriff soll in Deutschland, wie Scherer in den rechtlichen Bemerkungen über das Zehentwesen bemerkt, nur selten zu finden seyn. — Das preußische Landrecht z. B. Thl. II. Tit. 11. § 875. will da, wo der Zehent überhaupt und ohne weitere Bestimmung hergebracht ist, nur den Großzehent darunter verstanden wissen. Selbst in dem sonst ganz katholischen Bayern wird den Pfarreien nur der Großzehent, der kleine aber nur im Fall eines besondern Erwerbsgrundes, und selbst nur dann, soweit als er wirklich hergebracht ist, zugestanden; s. Cod. Max. Bav. Civ. P. II. cap. 10. § 3., vergl. Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanw. Bd. I. S. 405., Bd. VI. S. 321., Bd. VII. S. 33., Bd. VIII. S. 28. Die Particularzehenten gaben die erste Veranlassung, den Zehenten nur als ein onus fructuum determinatorum zu betrachten; s. Schweser vom Zehentrecht Kap. 6. § 8. und § 37., Boehmer Jus parochiale Sect. VII. cap. 1. § 21., Zangen Rechtserörterungen Thl. II. S. 75. Wenn nun gleich der Umfang eines Rechts die Natur desselben nicht ändern kann, daher gewiß nur diejenigen Recht haben, welche den Zehent als eine nicht eigentlich auf den Früchten, sondern auf dem Grund und Boden selbst haftende Reallast anerkennen, s. Maurenbrecher Lehrb. d. h. gem. deutsch. Rechts § 208., Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. § 80., so war man doch durch die verschiedenen Gestaltungen und Modificationen des Zehentrechts veranlaßt, bei Bildung des Hauptbegriffs künstlich ein Mittelding zu erzeugen. Der Satz des canonischen Rechts: decimae sunt onus reale fructuum et fundi, blieb stehen; s. Eichhorn deutsch. Privatr. § 254., Schnaubert Commentar zu Böhmers Lehnrecht S. 248., Gründ-

ler Polemik d. germ. Rechts § 233., Wiese Handb. d. Kirchenrechts Bd. II. S. 784., Maurenbrecher l. c. Bd. I. S. 338., v. Weber Handbuch des Lehenrechts Th. II. S. 440. § 74., aber in der Verknüpfung beider zeigen sich noch Abweichungen in der Praxis. Eine häufige Vorstellungsart ist: „der Zehent haftet immediate et proxime auf den Früchten, mediate et remote auf dem Grundstück," oder nach Mittermaier l. c. § 185.: „Die Zehentlast ruht zunächst auf den Früchten, und auf Grund und Boden nur in so fern die Last auf jeden Besitzer übergeht."

Zu 4) Nach der herrschenden Meinung, unter Laien, mit gerechtem Titel und gutem Glauben in 10 oder 20 Jahren, ohne Titel, aber mit gutem Glauben, in 30 Jahren; Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 3. § 41. Vergl. indessen oben § 7 b. S. 377. Fr. 5.

Zu 5) Der Ortsgebrauch ist zwar verschieden, unzweifelhaft aber gehören zum großen Zehent alle Getraidearten, und an den meisten Orten überhaupt, was Halm und Stengel treibt, in Weinländern auch der Weinzehent, häufig auch der Heuzehent. Zum Kleinzehent gehören alle Baumfrüchte, Gemüsearten, Erdäpfel, Wurzelgewächse, Schmalsaatfrüchte, so wie auch der Blutzehent, s. Klingners Dorf- und Bauernrecht Th. II. Kap. 7., Bergius Polizei- und Cameralmagazin voce Zehenten § 4., Hagemann Landwirthschaftsrecht § 258. S. 488. Bei Entstehung neuer Fruchtarten kann man für ihre Classification wohl keinen andern Anhaltspunkt finden, als diesen, daß Früchte, welche zum Handel im Großen tauglich sind, und welche nicht als bloße Nachsaat erscheinen, sondern eben so zum Sommer- wie zum Winterbau geeignet sind, zum Großzehent gerechnet werden, z. B. Reps, Hopfen rc.; v. Ammon in v. Zu-Rheins Zeitschr. für Theorie und Praxis Bd. I. S. 294., Du Prel Sammlung auserlesener bayerischer Rechtsfälle Bd. VIII. S. 281., Weishaar Handbuch des Würtembergischen Privatrechts Th. II. § 500. S. 59., Bielitz Commentar zum preuß. allgem. Landr. Th. VII. S. 475.

Zu 6) Beim Pfarrzehent in katholischen Ländern ist es keinem Zweifel unterworfen, daß der Novalzehent der Kirche als Zehentherrschaft gebührt; c. 13. 27. 29. X. de decimis (3. 30.), doch ist er auf die Besitzungen der Parochianen beschränkt und kann nicht auf fürstliche Kammergüter und auf Besitzungen des Adels erstreckt werden, welche lediglich nach gutsherrlichen Rechten beurtheilt werden, s. v. Weber Lehenrechts-Commentar Bd. II. S. 437. Auch können Klöster, Kathedralen und Collegiatkirchen so wenig als Laien Anspruch auf den Novalzehent machen, wenn sie das Zehentrecht nur aus einer beson-

deren Verleihung erlangt haben, sie müßten denn einen rechtmäßigen Grund, weswegen er ihnen gebühre, darthun können, s. v. Weber l. c. Conform ist das preuß. Landr. Th. I. Tit. 11. § 890—892. In protestantischen Ländern wird es wenigstens dann, wenn die Pfarrbedürfnisse ohnedem genugsam versorgt sind, bezweifelt, ob nach den Grundsätzen dieser Kirche den Kirchenzehenten ein anderes Recht zukomme, als den Laienzehenten; Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 3. § 64. spricht sich dagegen sehr bestimmt aus: Nos Protestantes, non statuentes, decimas jure divino deberi, nullam necessitatem in decimis, quae lege ecclesiastica positiva invaluerunt, agnoscimus. Retinuimus easdem, quatenus introductae et ut onus rebus inhaerent nec in desuetudinem abiere. Ad novas introducendas, deficiente lege provinciali nulla nos cogit necessitas, nec ad eas admittendas in iis, qui novale fecerunt, aliqua adesse videtur obligatio perfecta secundum principia nostrarum ecclesiarum. Pro libertate ergo in dubio magis standum pronunciandumque, quae illis non invidenda, qui magnis saepe sumtibus praedia ad culturam deducunt et ita simul reipublicae prosunt.

In mehreren protestantischen Ländern hat sich der Landesherr den Novalzehent zugeeignet, aber ein jus commune kann dafür, wie Manche behauptet haben, s. Harprecht Cons. 14. no. 78., Hagemann Landwirthschaftsrecht § 257., Denecke Dorf= und Landrecht Res. 11. S. 309., Lyncker Decis. 1168., Stryck Comm. ad jus eccles. Brunnemanni Lib. II. cap. 6. § 9. durchaus nicht dargethan werden. Daß der Satz grundlos sey, als habe der Staat ein Recht auf alle wüsten Plätze im Land, ist von den angesehensten Rechtslehrern genügend dargethan, s. die in Gründler Polemik § 235. angeführten Schriftsteller. Wenn es nämlich im J. P. O. Art. V. § 47. heißt: inter caeteros status imperii et subditos id juris esto, quod jus commune vel cujuscunque loci consuetudo et observantia de decimis novalibus constituunt, aut per pactiones voluntarias conventum est, so kann unter jus commune nicht eines jeden Fürsten besonders geschaffenes Staatsrecht, sondern nur das canonische Recht verstanden werden; Schnaubert Einl. in das Lehenrecht S. 193., Gründler l. c. § 235., v. Weber im Lehenr.=Commentar Bd. II. S. 442., Samhaber D. de normis pace Westphalica praescriptis, juxta quas controversia de jure decimarum novalium maxime Catholicos inter et Protestantes decidenda est. Wirzeburg. 1788., Struben rechtliche Bedenken Thl. I. no. 100., v. Bülow und Hagemann prakt. Erörterungen Bd. III. S. 201., Mittermaier l. c. § 188. Auch die

Bemühungen derjenigen, welche den Novalzehent dem Bischof zueignen wollten (besonders Dürr Diss. de parocho a perceptione decimarum novalium in Germania excluso), scheiterten an der gründlichen Widerlegung, welche vorzüglich in Schnauberts Lehenrechts=Commentar S. 214. und v. Weber Erläuterung des Lehenrechts Th. II. S. 425. ausführlich zu finden ist. Eben so wenig kann dem Guts= und Gerichtsherrn der Novalzehent zuerkannt werden, woferne er nicht denselben sich auf Grundstücken, die er aus seinem Eigenthum den Gutsuntergebenen überlassen hat, für den Fall der Urbarmachung vorbehalten hat. Ein anderer Grund läßt sich für seinen Anspruch nicht denken, s. v. Weber l. c. S. 437., Eichhorn l. c. § 254., Boehmer Electa jur. civ. T. III. Ex. 18. § 30. und 31. — Demnach müssen die Neubrüche da, wo kein Universalzehent besteht, nothwendig zehentfrei bleiben, s. v. Weber l. c. S. 438., Boehmer J. E. P. l. c. § 62. u. 63., Runde Beiträge Th. I. no. 14. Ist aber ein Universalzehentherr im District vorhanden, so hat wohl dieser den nächsten Anspruch auf den Novalzehent, wie Mehrere dafür halten. So sagt z. B. v. Bülow und Hagemann in den prakt. Erörterungen Bd. III. no. 33.: wenn der Ausbruch aus dem Privateigenthum eines Zehentpflichtigen oder aus dem gemeinen Wald einer zehentpflichtigen Gemeinde geschehen, so hat derjenige den Rottzehent zu erheben, welcher den Zehent in der Markung zu erheben hat, somit der geistliche oder weltliche Zehentherr, je nachdem diesem oder jenem das Zehentrecht zukommt; denn da, wo der Zehent existirt, sey die Freiheit vom Rottzehent nicht zu vermuthen, sondern vielmehr anzunehmen, daß, wenn Jemand an einem Ort mit dem Zehent ohne Ausnahme beliehen sey, derselbe ihm von allen Aeckern zukomme, sie mögen ausgebrochen seyn, zu welcher Zeit sie wollen. Der neue Ausbruch sey ein zufälliger Umstand, und da der Zehentherr oft dadurch Schaden leide, daß das bebaut gewesene Land unbebaut liegen bleibe, so sey es auch der Billigkeit gemäß, ihm den Vortheil nicht zu versagen, der daraus entsteht, wenn die Cultur vermehrt wird. — Die meisten Rechtslehrer aber räumen dem Universalzehentherrn den Rottzehent nicht so unbedingt ein, nisi interveniat justa causa, ex qua titulus, ex quo competant decimae, referri possit ad novales; Boehmer Princ. jur. can. § 657., Mittermaier l. c. § 188., Gründler Polemik § 235., G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. S. 655., Boehmer in Elect. jur. civ. T. III. Ex. 18. § 30. und 31. und dies scheint auch unzweifelhaft aus c. 25. und c. 29. X. de decimis (3. 30.) hervorzugehen. Damit steht die Eintheilung des Zehentrechts in ein vollkommenes und minder vollkommenes in Verbin=

dung. Bei Infeudationen wird das letztere vermuthet, welches sich blos auf den ältern Zehent beschränkt, wovon also Neugereuth ausgeschlossen bleibt. Das vollkommene Zehentrecht wird aber dann angenommen, wenn in den Verleihungsurkunden solche Ausdrücke enthalten sind, welche die darauf gerichtete Absicht andeuten, z. B. die Clausel: nichts ausgenommen, besucht oder unbesucht, oder decimae cum omni integritate, decimae praesentes et futurae, decimam cum omnibus suis pertinentiis et universis juribus; oder wenn vom Bischof das Patronatsrecht mit dem damit verbundenen Zehent als Lehen verliehen worden ist, s. v. Weber Lehenr. Commentar Thl. II. S. 442. — Böhmer in den Rechtsfällen Bd. II. Abth. I. Resp. 141. nimmt das volle Zehentrecht an, wenn Jemand mit dem Zehent über einen ganzen District belehnt sey; denn dieser begreife ja alles in demselben befindliche Land.

Ueber den eigentlichen Begriff findet man schon ein früheres Schwanken in c. 21. X. de verb. sign. (5. 40.) Dort heißt es: ager novalis est, qui de novo ad cultum reductus est, de quo non extat memoria, quod aliquando cultus fuisset. Sind nun auch ausgereutete Waldungen und trocken gelegte Seen, wenn sie zu Feldern oder Wiesen umgewandelt werden, darunter begriffen? Bejahen muß man diese Frage nach der gewöhnlichen Erklärungsart: „Neugereuth oder Neubruch begreift alle solche Grundstücke, welche bisher entweder gar keine oder doch nur solche Früchte hervorbrachten, welche ohne allen menschlichen Fleiß und Sorgfalt gewonnen werden,“ s. Seuffert und Glück Blätter f. Rechtsanwendung Thl. IV. S. 158. oder nach Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. § 60. Dicendum ergo est, novale esse omnem fundum, qui demum noviter in formam agri est reductus, utut non absolute incultus fuerit; vergl. Scherer Zehentwesen § 26., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. V. § 512.

Zu 7) Ein Universalzehent im vollen Sinn ist universell in allen seinen Wirkungen, ratione locorum et fructuum, indem er, was die Oertlichkeit betrifft, die ganze Gemarkung eines Orts, und hinsichtlich der Früchte alle auf derselben erzeugten Fruchtgattungen in sich faßt. Der Particularzehent hat entweder nur diese oder jene Fruchtarten, oder nur etwelche bestimmte Plätze einer Gemarkung zum Gegenstand. Ein Zehentrecht kann übrigens auch beiderlei Eigenschaften zugleich haben, es kann universell seyn ratione locorum, und particulär ratione fructuum, oder auch umgewandt. — Der Begriff von Universalität ratione fructuum wird übrigens öfter durch Landesbrauch und Gewohnheit modificirt, indem gewisse Fruchtarten meistens gar nicht für zehentbar geachtet werden, daher, wie oben bemerkt wurde, bezweifelt werden darf, ob nur ein

Universalzehent im vollsten Sinne in Deutschland zu finden sey, s. Scherer l. c. § 39.

Zu 8) Es ist besonders nach katholischem Kirchenrecht unbezweifelt, daß der Kirche das Zehentrecht über die zehentbaren Grundstücke aller Parochianen im Pfarrbezirke zusteht. Deshalb heißt es auch: clericus clericum non decimat; dies bezieht sich nämlich auf Grundstücke, die ad dotem ecclesiae innerhalb des Pfarrbezirks gehören. Auch bei den protestantischen Kirchenzehenten ist dies als Regel anzunehmen, daß sie den ganzen Pfarrbezirk in sich begreifen. Daraus folgt aber für andere Zehentbesitzer noch kein allgemeines Zehentrecht, s. Gründler Polemik des germ. Rechts § 230. Ein Private muß daher in der Regel sein Recht sowohl in Bezug auf die Grundstücke, als auf die Fruchtarten beweisen, und wer ein Recht zum Großzehent besitzt, hat darum noch nicht Anspruch auf den Kleinzehent.

Für die Eigenschaft des Universalzehents würde jedoch dann auch zu Gunsten eines Privaten die Rechtsvermuthung gelten müssen, wenn ausgemittelt wäre, daß ein ursprünglicher Pfarr- oder Kirchenzehent auf ihn übergegangen sey, welchem sonach alle in der Feldmark gelegenen Grundstücke unterworfen seyn mußten, s. preuß. Landrecht Thl. II. Tit. 11. § 865. Ist dieses der Fall, oder ist in einem Lande die allgemeine Zehentpflicht durch Gesetz oder Herkommen vollkommen begründet, so muß Derjenige, welcher zehentfrei seyn will, beweisen, daß sein Grundstück in einer zehentfreien Gemarkung liegt, oder daß er die Zehentfreiheit besonders erworben habe, s. Mittermaier l. c. § 184.

Zu 9) Besitzstand und Landesgewohnheit geben in allen Fällen hierüber den Ausschlag, Schweser Zehentrecht Kap. 5. § 3., Scherer über das Zehentwesen § 34. Selbst in dem früher durchaus katholischen Bayern muß — wie vorhin bemerkt wurde — der Pfarrer den Kleinzehent hergebracht zu haben beweisen, außerdem wird ihm blos der Großzehent zuerkannt. Cod. Max. Bav. civ. P. IV. cap. 10. § 3. no. 3. Nach dem preußischen Landrecht wird da, wo der Zehent überhaupt und ohne weitere Bestimmung hergebracht ist, nur der Großzehent darunter verstanden, s. preuß. Landr. Thl. II. Tit. 11. § 875.

Zu 10) Es fehlt nicht an Autoritäten dafür, daß der Zehentherr nichts dagegen ausrichten könne, wenn der Zehentpflichtige den Grund und Boden öde liegen lasse. Sie wollen dem Zehentherrn nur ein hypothetisches Recht (?) einräumen, welches nur dann wirksam werde, wenn zehntbare Früchte gewonnen werden, — oder mit andern Worten, wenn es dem Pflichtigen beliebt, das Recht in Wirklichkeit kommen zu lassen. Auch zieht man wohl die auf deutschrechtliche Institute über-

haupt nicht anwendbaren Grundsätze des Römischen Servitutenrechts herbei, wornach der Berechtigte kein Recht auf ein Handeln des Dienenden, mithin nicht auf ein Anbauen des Bodens hätte, und stellt endlich den Grundsatz der Freiheit des Eigenthums über Alles. Andere Grundsätze des römischen Rechts, welche das nicht dulden, was blos ex invidia und nur dem Andern zum Tort vorgenommen wird, übergehen diese Gelehrten mit Stillschweigen, v. Espen Jus eccles. P. II. tit. 33. cap. 9. no. 19. u. 20., Werndle vom Zehentrecht Bd. III. c. 6., Mittermaier deutsch. Privatr. § 187. Die einfachste und natürlichste Entscheidung gibt das preuß. Landrecht Thl. II. Tit. 11. § 884.: „Läßt der Zehentpflichtige die zum Winter= oder Sommerfeld gehörigen Ländereien aus Nachlässigkeit liegen, so ist der Zehentherr befugt, sie in Cultur zu nehmen, und bezieht dann deren ganzen Ertrag für sich." Die Ansicht, daß nämlich der Zehentherr nicht durch vorsätzliche oder nachlässige Unterlassung des Anbaues verkürzt werden dürfe, ist auch wohl allgemein die vorherrschende. Der Grund davon liegt nicht nur in der Eigenschaft des Zehents, als eines auch auf dem Grund und Boden haftenden Rechts, sondern auch selbst in dem Grundbegriff eines jeden Rechts, welchem nothwendig die Verbindlichkeit correspondirt, dem Berechtigten die Ausübung seines Rechts nicht unmöglich zu machen, s. Struben rechtl. Bedenken Thl. III. no. 77. u. 78., Pufendorf Obs. T. II. Obs. 157. T. III. Obs. 202., Wiese Handbuch des Kirchenr. Bd. II. S. 789., Gründler Polemik § 234 a., Spangenberg prakt. Erörterungen Bd. I. S. 335. no. 35., Hagemann Landwirthschaftsrecht S. 217. not. 7., Toepfer D. de serv. rustica agrorum incultorum culturam prohibente, § 17. Damit stimmt überein Cod. Max. Bav. civ. T. II. cap. 10. § 9. u. 11.

Auch durch veränderten Fruchtbau darf der Zehentherr nicht in Verlust versetzt werden, vielmehr muß ihm dann der Zehent von der andern Frucht werden, wenn er das Zehentrecht auf einem Grundstück besitzt, welches vorher für diese Fruchtart nicht verwendet war, c. 4. X. de decimis (3. 30.) — Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. § 80., Schnaubert Erläuter. des Lehenrechts S. 250., Spring l. c. Kap. 6. Damit stimmt überein das preuß. allgem. Landrecht Thl. II. Tit. 11. § 877. u. 878., s. auch Gründler Polemik § 234 b., Hagemann Landwirthschaftsrecht § 264. S. 501., v Selchow Rechtsfälle Bd. I. no. 133. Wenn mehrere Zehentherren in einem District concurriren, so kann dies in der Art der Fall seyn, daß Einer den universellen Zehenten und ein Anderer neben ihm nur auf gewisse Grundstücke oder gewisse Früchte das Zehentrecht hat, oder so,

daß jeder Zehentherr von dem nämlichen Grundstück und den nämlichen Früchten den Zehent in Anspruch nimmt, oder der Eine den großen, der Andere den kleinen Zehent hat. Im ersten Fall hat der particuläre Zehentherr sich nur an die ihm pflichtigen Grundstücke und bestimmten Früchte zu halten; im andern Fall nimmt Jeder die ihm erweislich gebührende Quantität von dem Nutzungsertrag; im dritten Fall übt Jeder sein Zehentrecht in Ansehung aller Früchte aus, welche in den Umfang seines Rechts fallen, je nachdem sie zum großen oder kleinen Zehent gehören, s. Mittermaier l. c. § 187. In dem Fall, wenn einem Zehentherrn der Zehent nur von gewissen Fruchtgattungen gebührt, kann der eine oder andere Zehentherr durch den Anbau anderer oder wohl gar neuer, nicht unstreitig jener bestimmten Gattung zu subsumirenden Früchte an seinem Zehentbezug unvermeidlich verlieren und höchstens dann, wenn zehentfreie Früchte in übertriebener Maße blos ex invidia gebaut werden, kann er vielleicht einen Vergütungsanspruch jure surrogati geltend machen, Scherer über das Zehentwesen § 50. Hat aber der Zehentherr auf gewissen Aeckern absolut das Zehentrecht, so kann er es an jeder Frucht, welche darauf gebaut wird, ausüben, Seuffert das Baurecht rc. S. 86.

Zu 11) Wenn man von dem Grundsatz ausgeht, daß der Zehent nicht blos ein onus fructuum, sondern wesentlich ein onus fundi sey, so muß man auch solche Früchte, deren Anbau bisher ungebräuchlich war, dem Zehent als unterworfen betrachten, s. Gründler Polemik § 234., Schnaubert Erläuterung des Lehenrechts S. 234., Hagemann Landwirthschaftsrecht § 264., Schmidt hinterl. Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. no. 114. Doch würde es allerdings, um mit Boehmer in Princ. jur. can. § 650. not. a. zu sprechen, ein abusus auctoritate imperantium emendandus seyn, wenn der Grundeigenthümer wegen solcher Früchte, welche nicht neu, sondern vermöge einer notorischen Gewohnheit zehentfrei sind, wenn er anfängt, sie in zehentbare Grundstücke zu pflanzen, angehalten werden wollte, auch von diesen den Zehent zu entrichten, Schnaubert l. c. S. 255., wenn nicht Uebertreibung ex invidia zum Grund dienen kann, den Zehentpflichtigen in Schranken zu weisen, oder zu einem Surrogat anzuhalten, arg. l. 206. D. 50. 17. — Link Consil. Altdorf. no. 130. § 8.

Entsteht die Frage, ob die neue Frucht dem Groß- oder Kleinzehentherrn zuwachse, so ist auf das zu no. 5. Gesagte zu recurriren. Man wird übrigens auch in dem Fall, wenn im Lande eine allgemeine Zehentpflicht eingeführt ist, annehmen können, daß die im Sommerfelde gebauten Früchte dem Herrn des kleinen Zehents, und die im Winter-

felde gebauten Früchte dem Herrn des großen Zehents gehören. Ist in einem Lande nur der Großzehent eingeführt, so kann demselben die neue Frucht nur dann unterworfen werden, wenn sie dem rechtlich angenommenen Begriff des großen Zehents genau entspricht. In Ländern, wo der Kleinzehent nur so weit, als er hergebracht ist, zugelassen ist, — wie in Bayern — kann die neugebaute Frucht, wenn sie auch in die Kategorie des Kleinzehents gelassen würde, demselben doch nicht unterworfen werden, Mittermaier l. c. § 186., Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. I. S. 52.

Hat der Zehentherr nur ratione fundorum ein Universalzehentrecht, aber ratione fructuum nur ein besonderes, so kann er keine neuangebauten Früchte bezehnten. Hat er hingegen ein ratione fructuum universelles, ratione fundorum aber ein particuläres, so kann er in diesem besonderen Bezirke den Zehent von allen Früchten beziehen, Scherer Zehentwesen § 42. u. 44.

Zu 12) Gewöhnlich wird nur ein auf die Sommer- und Winter-Zelchen eingeschränktes Zehentrecht angenommen, und obgleich der Zehentherr gewöhnlich Verlust dadurch erleidet, wenn die Felder nicht gebraacht werden, weil sie dann im nächsten Jahre weniger ertragen, so will man ihm deshalb doch kein weiteres Recht einräumen, als die Zehentpflichtigen anzuhalten, daß sie ihre Aecker besser cultiviren, s. Scherer l. c. § 48. u. 84., Struben rechtl. Bedenken Thl. III. no. 77., v. Espen J. E. univ. P. II. Sect. IV. tit. 2. cap. 9. no. 19. und 20., Schweser l. c. Kap. 9. § 27. Das preuß. allgem. Landr. Thl. II. Tit. 11. § 880. u. 881. erklärt auch die im Brachfelde gebauten Früchte der Regel nach für zehentfrei, und statuirt nur eine Entschädigungs-Verbindlichkeit für den Zehentberechtigten, wenn dadurch der Ertrag der künftigen Erndte offenbar geschmälert wird. Dem canonischen Recht aber ist die Meinung derjenigen Rechtslehrer angemessener, welche auch die Brachfelder nicht vom Zehent ausgenommen erachten, wenn etwas darinnen gezogen wird, s. Schmidt hinterl. Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 400. Nobis est querela proposita, quod quidam agricultores, cum simul vel diversis temporibus anni in eodem horto vel agro diversa semina sparserint, non nisi de unius illorum seminum fructibus decimas illi persolvunt. Mandamus, quatenus si noveris rem taliter se habere, agricultores illos, ut de omnibus praediorum fructibus decimas absque diminutione persolvant, Ecclesiastica censura compellas, cap. 21. X. de decimis (3. 30.), Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. § 80., v. Cramer Wezlarische Nebenstunden Thl. CIX. Abh. 5. § 24.

Zu 13) Beim Universalzehent kann die Brache den Zehent nur so lange ausschließen, als nichts gebaut wird; sowie aber das Rechtsobject vorhanden ist, tritt auch das Recht darauf ein, s. Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. § 8., Schnaubert Erläuterung des Lehenrechts S. 256.

Zu 14). Für den stehenden Zehent präsumirt Schmidt in den Abhandl. über prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 406.; die richtigere Meinung ist aber wohl, daß im Zweifel der fliegende Zehent anzunehmen sey. Dafür streitet das Princip der restrictiven Auslegung in onerosis, und die Erwägung, daß im andern Falle der Pflichtige zu sehr der Willkühr des Zehentherrn ausgesetzt seyn würde, so daß er gar nicht vor dem Verderb der Frucht geschützt wäre, während doch sein Interesse dabei zu dem des Zehentherrn sich wie 9 : 1 verhält, s. Gründler Polemik § 228 b. Damit stimmt überein das preuß. allgem. Landr. Thl. II. Tit. 11. § 901. Zu schwach erscheint dagegen der in Schmidt's vorangeführten Abhandlungen der entgegengesetzten Meinung unterstellte Grund: Da der Zehent zum Besten des Zehentherrn eingeführt sey, so müsse man immer das annehmen, was ihm vortheilhafter ist.

Zu 15) Bejaht wird diese Frage von Boehmer Elect. jur. civ. T. III. Ex. 18. § 28., Scherer über das Zehentwesen § 88., Pufendorf Obs. II. 137. III. 132. *) Die richtigere Ansicht ist aber wohl die, daß die Annahme eines Aequivalents immer nur einen Vertrag für den einzelnen Fall enthalte und für einen Pachtvertrag anzusehen sey, welcher nicht als für immer geschlossen betrachtet werden kann, daher der Zehentherr jederzeit auf die ursprüngliche Naturalleistung zurückgehen kann, wenn nicht durch Immemorial-Verjährung die Frage nach einem früheren Zustande verschlossen ist, s. Gründler Polemik d. gem. R. § 233., Struben rechtl. Bedenken Thl. III. no. 64., Runde deutsch. Privatr. § 511., Schnaubert l. c. S. 191., Unterholzner gesammte Verjährungslehre Thl. II. S. 240., Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. IV. Resp. 369. Wenn Eichhorn l. c. § 250. not. e. auch im Fall der unvordenklichen Verjährung das

*) Eine rechtliche Vermuthung für die Eigenschaft eines Zugzehents und nicht Sackzehents wird daraus geschöpft, wenn neben dem Fruchtzehent auch der Blutzehent hergebracht und letzterer fortwährend in natura erhoben worden ist; denn es müßte ein besonderer Grund der Verschiedenheit gezeigt werden, um nicht annehmen zu dürfen, daß der Fruchtzehent gleicher Natur sey, s. Struben rechtl. Bed. Thl. III. no. 64. § 3., Pfeiffer neue Sammlung bemerkenswerther Entscheid. des O. A. G. zu Cassel Bd. I. S. 49.



Zurückgehen auf die Naturalleistung alsdann zuläßt, wenn bewiesen wird, daß diese ursprünglich stattgefunden hat, so setzt er sich mit dem Princip der Unvordenklichkeit ganz in Widerspruch. Gegen seine Ansicht, daß desfalls immer nur ein Pachtverhältniß angenommen werden könne, an welchem kein Besitz und keine Verjährung stattfinde, bemerkt Duncker Lehre v. d. Reallasten § 34. mit Recht, daß dieser Annahme durchaus keine Nothwendigkeit zu Grunde liegt; denn die Verwandlung in ein Surrogat kann ja ebensowohl vertragsweise ein für allemal geschehen seyn. Uebereinstimmend hiermit ist v. Bülow u. Hagemann in den prakt. Erörter. Bd. III. no. 34. Ein Anderes ist es freilich, wenn seit unvordenklicher Zeit der Zehent zwar in Geld, doch nicht in immer gleichem Quantum, und pachtweise bald auf 4, bald auf 10 Jahre reluirt worden ist; denn die Annahme der Temporalpachtbriefe involvirt vielmehr die jedesmalige Agnition eines bloßen Zeitpachtrechts, s. Pfeiffer Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des O. A. G. zu Cassel Bd. I. S. 44.

Zu 16) Die Regel ist: das Beste nächst dem Besten, Struben l. c. Thl. IV. no. 198., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. no. 35.

Zu 17) Ohne Zweifel; s. Hagemann Landwirthschaftsr. S. 488., Müller Zehentrecht S. 100., Ramdohr jurist. Erfahrungen Bd. III. S. 1183., Mittermaier deutsch. Privatr. § 185., Ersch und Gruber Encyclopädie Bd. XI. S. 105.

Zu 18) Nach der richtigen Meinung entscheidet der letzte Zeitpunkt, wenn nicht der Zehentherr ein entgegengesetztes Herkommen beweisen kann, Struben rechtl. Bed. Thl. I. S. 180. no. 102.

Zu 19) Allerdings; die Zerstückelung der Grundstücke würde sonst dem Zehentherrn offenbar zum Schaden gereichen. Wenn daher 16 Garben auf einem Acker vorhanden sind, so kann er nicht allein eine Garbe nehmen, sondern auch auf einem andern Acker des nämlichen Eigenthümers auf die 6 überschießenden Garben des ersteren fortzählen; wenn aber Jemand nur Einen Acker besitzt, auch den 10ten Theil von den überschießenden 6 Garben nehmen.

Zu 20) Da der Zehentherr außerdem nicht vor Beschädigung von Seite des Zehentpflichtigen gesichert wäre, dem Pflichtigen aber diese Wahl nicht wesentlich nachtheilig ist, so ist das Recht des Zehentherrn zur Wahl insgemein angenommen, Schnaubert l. c. S. 258.

Zu 21) Man findet zwar hier und da die Meinungen aufgestellt, als sey der Pflichtige verbunden, den Zehent in die Scheunen des Zehentherrn zu liefern, weil es in c. 65. Causa 16. qu. 1. heißt: hortor

vos et commoneo, ut inferatis decimas in horrea i. e. in thesauros templi; allein der angeführte Canon ist kein Beweismittel, indem darin nur ein Bibeltext angeführt wird, um den Zehent zu empfehlen. Die richtige und herrschende Ansicht ist daher gegen eine Lieferungsverbindlichkeit an dem Wohnsitz des Berechtigten; denn diese würde, wie Unterholzner l. c. Thl. II. § 236. not. 677. bemerkt, voraussetzen, daß mit dem Zehentrecht auch noch ein Frohnrecht in Verbindung gesetzt worden sey. Ohne dieses kann der Zehentpflichtige blos gehalten seyn, dem Zehentherrn die bevorstehende Erndte anzuzeigen, um auf dem Felde die 10te Frucht in Empfang zu nehmen, indem das Eigenthum derselben schon durch Separation an den Zehentherrn übergeht, ohne daß es erst einer Tradition bedürfte, s. Wiese Handb. d. Kirchenr. Bd. III. S. 783., Schnaubert l. c. S. 237.

Zu 22) Indem wir die ganz irrige Ansicht, als liege die Zehenterhebung als res merae facultatis außer dem Bereich irgend einer Verjährung, als bereits allgemein verworfen auf die Seite setzen, wenden wir uns sogleich zu dem hier zunächst zu beobachtenden Unterschied zwischen geistlichen und weltlichen Zehenten. Die ersteren betreffend, ist man von der früheren Behauptung der Unverjährbarkeit derselben als res divinae, s. Brunnemann Jus Eccles. Lib. II. c. 6. § 2., Stryck in not. ad l. cit., wohl allgemein in neuerer Zeit abgegangen, und wird daher hier, wie bei anderen Kirchengütern, ein 40jähriger Zeitraum zur erlöschenden Verjährung erforderlich erachtet, s. Scherer l. c. § 57., Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. § 48., Manz Decis. Palatin. qu. 30. no. 12., Leyser Sp. 253. Med. 5. In Ansehung der weltlichen Zehenten wird man wohl der Meinung, daß sie, wie servitutes rusticae, schon nach 10—20 Jahren solo non-usu erlöschen, wie Scherer l. c. § 68. u. 77. und Unterholzner in der gesammten Verjährungslehre Thl. II. S. 238. annimmt, oder daß nach Analogie der servitutes discontinuae immer ein 20jähriger Zeitablauf erfordert werde, s. Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. § 42. und derselbe in Diss. de praescr. annuorum redituum realium § 20. wegen der großen Verschiedenheit der deutschrechtlichen Reallasten von dem Römischen Begriff der Servituten eben so wenig beipflichten können, als der im andern Extrem stehenden Meinung Derjenigen, welche auf die Unverjährbarkeit des Hauptrechts bei praestationibus annuis nach l. 7. § ult. C. de praescr. 30 vel 40 annor. provociren, worüber bereits im allgemeinen Theile in der Lehre von der Verjährung das Nöthige bemerkt worden ist, sondern nur die 30jährige Klagenverjährung statuiren, s. Boehmer Diss. cit. § 9—20. Besonders schwierig ist die

Frage, ob solus non-usus genüge, wie Mehrere annehmen, s. Scherer l. c. § 77., Boehmer J. E. P. Lib. III. tit. 30. § 53. u. Gottschalk select. Discept. T. II. pag. 64., vom Sächsischen Recht bezeugt, oder ob noch weiter dazu erfordert werde, daß der Zehent eingefordert, aber verweigert und vom Berechtigten sich die Verjährungszeit hindurch beruhiget worden sey. Die Gründe für eine und die andere Meinung haben wir oben § 5. S. 353. u. 359. zu Fr. 3. u. 13. in Betrachtung gezogen. Eine besondere Erwägung würde der Fall erfordern, wenn ein Zehentpflichtiger beim Zugeständniß der Zehentlast eine 30jährige Freiheit in Ansehung einer einzelnen Frucht behauptete. Ist diese nun unzweifelhaft im gesetzlichen oder herkömmlichen Umfange des in Rede stehenden großen oder kleinen Zehents begriffen, so würde die bloße Nichtausübung an demjenigen Theile nicht genügen, um den Berechtigten des Anspruchs darauf verlustig zu erklären, sondern ein positiver Widerspruch auf einer und Acquiescenz auf anderer Seite erforderlich seyn, Gottschalk l. c. Vol. II. pag. 65.

Zu 23) Die bejahende Entscheidung ist zwar nicht hinlänglich durch c. 6. X. de praescr. (2. 26.), wo nur von der Erlöschung der Klage des Zehentberechtigten gehandelt wird, ohne Zweifel aber durch c. 1. de praescr. in VIto (2. 13.) begründet, was auch Duncker l. c. S. 165. anerkennt, ungeachtet er übrigens die erwerbende Verjährung an Reallasten nicht gelten läßt. — Die analoge Anwendung der den geistlichen Zehent betreffenden Gesetzesstelle auf den weltlichen Zehent unterliegt auch keinem Zweifel, s. Eichhorn deutsch. Privatr. § 252., Maurenbrecher l. c. § 255., Rave de praescr. § 49. Es wird jedoch der gute Glaube und ein 30jähriger Besitz erfordert, daher nicht mit Boehmer J. E. Pr. Lib. III. tit. 30. § 41. schon ein 10—20jähriger, auf einen gerechten Titel gegründeter Besitz für genügend zu halten seyn, s. Duncker l. c. S. 166.

Zusatz.

Es scheint nicht überflüssig, hier eine sehr häufig auf den Zehenten haftende Last, nämlich die Kirchenbaulast, wegen der in Praxi vorkommenden zu weiten Ausdehnung zu besprechen. Da aber dieselbe ohne Zweifel nur die geistlichen Zehenten trifft, so ist diese Materie, als dem Kirchenrecht angehörig, nur kurz zu berühren. —

Der Natur der Sache nach läge die Bestreitung der Kirchenbedürfnisse, in so weit das Kirchenvermögen nicht hinreicht, der Kirchen-

gemeinde ob. Nachdem aber in der Vorzeit gar viele Kirchenzehenten theils durch Belehnung an Laien, theils durch Dotationen der Bischöfe an andere geistliche Institute übergegangen waren, s. Eichhorn Kirchenrecht Bd. I. S. 819., Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanwendung Bd. I. S. 49. u. 116. Bd. II. S. 285., so war es natürlich, die ursprünglich nur zur Deckung der Kirchenbedürfnisse bestimmten Einkünfte zu ihrem fortdauernden Zweck vorzugsweise anzuziehen. Dies ist der Sinn des Concil. Trident. Sess. 21. c. 7., welches die patronos et alios, qui fructus aliquos ex dictis ecclesiis provenientes percipiunt, dazu anhält, und damit nur die durch das canonische Recht schon entwickelten Grundsätze (vergl. die verschiedenen Capitularien) wiederholt. Der Grund der Verbindlichkeit lag aber weder im Kirchenpatronat, noch im Besitz von Zehenten überhaupt, sondern im Besitz von Kirchen-Einkünften, vergl. cap. 1. X. de eccles. aedif. (3. 48.) — Michl Kirchenrecht § 49., Seuffert u. Glück l. c., Reinhardt über die kirchliche Baulast. Stuttgart 1836., Lang im civilist. Archiv Bd. XXVI. S. 12. Es ist aber gewiß eine verwerfliche Ausdehnung des Tridentini, wenn man daraus alle Patronen und Zehentbesitzer schlechthin für verpflichtet erachtet; denn gar viele Patronen haben nicht, wie ehedem häufig der Fall war, wo der Patron die Kirche mit allen ihr zugehörigen Gütern fast wie ein Eigenthum behandelt hatte, irgend welche Einkünfte von der Kirche, sondern nur höchsten Falls deren Verwaltung und Aufsicht.

Unter Kirchenzehenten, welche allerdings dieser Last unterworfen sind, kann man übrigens nur solche verstehen, welche noch von Pfründen, Kirchen und anderen geistlichen Instituten besessen werden, oder durch Belehnung in Laienhänden sind, s. Eichhorn l. c. Bd. II. S. 809. u. 819., Seuffert u. Glück l. c. Bd. I. S. 49. u. 126. Bd. II. S. 285. Wo das Tridentinum nicht gilt, sondern das gemeine Kirchenrecht, und in protestantischen Ländern sind die entwickelten Grundsätze um so unzweifelhafter, s. Lang l. c., Eichhorn l. c., Walter Lehrb. d. Kirchenr. § 267., Brendel Handb. d. Kirchenr. § 171., Lippert Versuch einer historisch-dogmatischen Entwickelung der Lehre vom Patronatr. S. 148., v. Grolmann Grundſ. d. Kirchenr. § 173., Erk. des O. A. G. in Celle in Seuffert's Archiv Bd. VII. H. 1. S. 100. Will der Patron nichts für Refection der Kirche thun, so wird er sich freilich gefallen lassen müssen, das Patronat Demjenigen zu überlassen, welcher die Baulast übernimmt, s. Lambertini Instit. eccles. pag. 667., Gregel Diss. de onere refic. eccles. Wirceb. 1793. pag. 50.

Die Freiheit von der Beitragspflicht zu Kirchenbaulasten kann durch unvordenkliche Verjährung erworben werden, indem durch sie die rechtliche Vermuthung begründet wird, daß jene Freiheit sich auf einen genügenden Titel stütze. Es ist diesfalls hinreichend, wenn binnen unvordenklicher Zeit auch nur Ein Fall nachgewiesen wird, in welchem der Verpflichtete zur Kirchenbaulast zu contribuiren verbunden war, dazu aber weder aufgefordert worden ist, noch einen Beitrag geleistet hat, s. Erk. des O. A. G. in Celle in Seuffert's Archiv Bd. V. H. 1. S. 56.

Gutsherrliche Frohnen.

Auch die Herrendienste oder Frohndienste (von Frohn, d. i. Herr, abgeleitet) gehören fast überall in Deutschland nur der Vergangenheit an, sowohl Personalfrohnen, welche muthmaßlich mit der Hörigkeit in Zusammenhang standen, s. Klöntrupp alphabet. Handb. Bd. I. S. 261., als Realfrohnen, welche gewöhnlich für den gutsherrlichen Schutz oder für die Erlaubniß, sich auf dem Gute niederzulassen, geleistet wurden, und daher bald aus der Vogteilichkeit herrühren, bald in der Gutsverleihung in dem Sinne begriffen waren: gieb uns Land; wir wollen dienen. Mit dem Untergang dieser Institution in ihrer ursprünglichen Bedeutung fällt nun wohl auch das praktische Interesse der daran geknüpften Streitfragen in Folge der eingetretenen Umwandlungen und Ablösungen hinweg.

Hand- und Spannfrohnen, welche die Parochianen zu Kirchenbauten zu leisten haben, gehören nicht hierher, da sie auf einem ganz anderen Grunde beruhen.

Kapitel IV.

Emphytheusis und Superficies.

Dig. VI. 3. si ager vectigalis i. e. emphytheuticarius petatur. § 3. Inst. III. 24. de locat. et cond. Cod. IV. 66. de jure emphyt. Cod. XI. 61. de fundis patrim. et saltuens. et emphyt. Nov. 7. c. 3. Dig XLIII. 18. de superficiebus.

1) Worin besteht die Emphyteuse?
2) Welchen Beschränkungen ist das dem emphyteuta verliehene jus in re unterworfen, insbesondere in Ansehung der Constituirung von Dienstbarkeiten, und welche Verbindlichkeiten hat er mit demselben zu übernehmen?
3) Kann er bei Endigung seines Rechts Vergütung für nützliche Verwendung vom Eigenthümer verlangen?
4) Kann er theilweise Deteriorationen mit theilweisen Meliorationen compensiren?
5) Ist er verbunden, ein durch einen Unglücksfall eingeäschertes Gebäude auf seine Kosten wieder aufzubauen?
6) Ist er auch befugt, das emphyteutische Gut einem Andern in subemphyteusin zu geben?
7) Erwirbt er auch die Accession, insbesondere den gefundenen Schatz?
8) Ob der emphyteuta wegen Nichtbezahlung des Canon auch dann entsetzt werden könne, wenn er durch feindliche Invasion verhindert war, das Gut zu benutzen?
9) Kann derselbe unter solchen Umständen nicht sogar Nachlaß am Canon rechtlich fordern?
10) Kann der dominus des Expulsionsrechts verlustig werden, wenn er im emphyteutischen Vertrag sich verpflichtet hat, den emphyteuta nicht vertreiben zu wollen, oder wenn in demselben auf den Fall der Nichtentrichtung des Canons eine andere Strafe festgesetzt worden ist?
11) Ist Interpellation nöthig, um den emphyteuta wegen der Bezahlung des Canons in moram zu versetzen?
12) Haften mehrere Theilhaber der emphyteusis in solidum und können sie auch zur Aufstellung eines gemeinschaftlichen Lehenträgers angehalten werden?

13) Ist der dominus, wenn er den für 2—3 Jahre rückständig gelassenen Canon nachher ohne Vorbehalt angenommen hat, wenn er dann doch das Expulsionsrecht geltend machen will, mit der Einrede des stillschweigenden Verzichts zurückzuweisen?
14) Erfordert der emphyteutische Vertrag schriftliche Errichtung?
15) Kann das emphyteutische Recht auch durch Ersitzung erworben werden?
16) Kann sich der emphyteuta durch einseitige Verzichtleistung oder Dereliction der Emphyteuse von den mit derselben verbundenen Verpflichtungen und Lasten frei machen?
17) Verliert auch der Minderjährige das Erbzinsgut, wenn der Vormund die Zahlung des Canons 3 Jahre lang unterlassen hat?
18) Wenn Mehrere ein emphyteutisches Gut besitzen, trifft dann, wenn nur Einzelne die Zahlung des Canons unterlassen haben, doch auch die Uebrigen der Verlust der Emphyteuse?
19) Was für eine nachtheilige Folge hat es für den emphyteuta, wenn er das Gut verkauft und wirklich tradirt, ohne dem dominus die Anzeige zuvor gemacht zu haben?
20) Kann sich die emphyteusis auch durch Verjährung endigen?

Zu 1) Die emphytheusis (abgeleitet von ἐμφυτεύειν, bebauen, bepflanzen) besteht in einem dinglichen, vererblichen und veräußerlichen Recht an der Sache des Andern (jus in re), zu dessen Behauptung sowohl die possessorischen Interdicte, als die utilis rei vindicatio und actio publiciana gegeben sind, l. 1. § 1. D. 6. 3., und wodurch der emphyteuta den vollen juristischen Besitz *) und unter der Voraussetzung ordentlicher Entrichtung des dafür vom Eigenthümer bedungenen Canons, sowie der in Veräußerungsfällen zu entrichtenden quinquagesima, l. 3. C. 4. 66., das volle Gebrauchs- und Benutzungsrecht **) bleibend er-

*) Daher er auch die Früchte nicht blos durch Perception, sondern schon durch Separation erwirbt, l. 25. § 1. D. 22. 1.

**) Daß auch bei Kirchengütern die Verleihung nicht blos bis auf die zweite Generation des Erwerbers beschränkt sey, ist als bekannt anzunehmen, s. Glück P. C. Bd. VIII. S. 394., Braun Erörterungen zu Thibaut S. 551.

Daß Deterioration oder Mißbrauch den emphyteuta seines Rechts verlustig macht, ist zwar nur bei kirchlichen Emphyteusen in den Gesetzen aus-

langt, ita ut, quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id praedium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocunque modo alienaverit, auferre liceat, § 3. J. 3. 24. — l. 1. pr. D. 6. 3. — l. 10. D. 10. 2. — Nov. 7. c. 3. — Nov. 120. c. 6. § 1.

Zu 2) Er darf das Gut bei Verlust seines Rechts nicht verschlechtern, s. Nov. 120. c. 8. — Glück P. C. Bd. VIII. S. 413., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1056., Dabelow Handbuch § 936., daher sein Recht auch nicht auf eine zur Bebauung untüchtige Person übertragen, l. 3. C. 4. 66., weshalb ihm nur mit Vorwissen des dominus eine Veräußerung irgend einer Art gestattet ist,*) s. Thibaut Pand. § 778. (Ed. 8.) Er darf den Canon nicht unbezahlt lassen; denn sonst verliert er sein Recht, und zwar bei einer kirchlichen Emphyteuse schon durch zweijährige, bei einer weltlichen durch dreijährige Omission, Nov. 7. c. 3. § 2., dessen ungeachtet übrigens er den rückständig gelassenen Canon nachzuzahlen nicht befreit wird, Nov. 120. c. 8. — Glück P. C. Bd. VIII. S. 432., Gebr. Overbeck Bd. II. Med. 61. Er darf daher auch nicht das Gut an einen Zahlungsunfähigen überlassen, l. 1. C. 11. 61., und muß, wenn er die Emphyteuse verkaufen will, dem Verleiher das Vorkaufsrecht einräumen, zu dessen Ausübung diesem 2 Monate lang Zeit gelassen werden muß. Als Besitzer haftet er für alle ordentlichen und außerordentlichen Gutslasten, auch wenn sie vom Eigenthümer aus der vorhergegangenen Zeit in Rückstand gelassen worden wären, welchenfalls ihm nur der Regreß an jenen bleibt, l. 39. § 5. D. de legat. I. (30.) — l. 7. D. 39. 4. — l. 36. D. 49. 14. — l. 5. § 2. D. 50. 15. — l. 3. C. 10. 16. — Glück l. c. Bd. VIII. S. 410.

Die Frage, ob der emphyteuta auch befugt sey, Servituten auf das Gut zu bestellen, wird von Manchen geradehin bejahet, und diese Freiheit aus dem Veräußerungsrecht des emphyteuta abgeleitet, quia,

---

drücklich verordnet, s. Nov. 120. cap. 8., nach dem Gerichtsbrauch findet es aber auch bei den weltlichen Statt, Glück P. C. Bd. VIII. S. 413. u. 539., Braun l. c.

*) Daß die Anzeige blos bei einem Verkauf und blos aus dem Grunde des dem dominus zustehenden Vorkaufsrechts, daher bei anderen Veräußerungsarten, wie Tausch, Schenkung rc., nicht nöthig sey, wie Gebr. Overbeck Bd. II. Med. 58. behaupten, läßt sich mit der l. 3. C. 4. 66. wohl nicht vereinigen, viel weniger aus ihr folgern.



cui plus licet, et minus licere debet, s. Höpfner Instit. Comm. § 899., Westphal de libert. et serv. praed. § 795., Puchta Lehrb. der Pandecten § 172. Von Anderen wird sie durchaus verneint, s. Buri erl. Lehenrecht Abthl. II. S. 170. Der Verneinung müßte man wohl unbedingt beitreten, wenn es nicht Servituten gäbe, welche für den dominus ohne allen Nachtheil sind, wovon Thibaut in den Versuchen ꝛc. Bd. II. S. 307. Beispiele aufführt. Man darf daher wohl annehmen, daß der emphyteuta Servituten und zwar nur auf so lange, als sein Recht dauert, lediglich in so weit constituiren könne, als sie die Substanz der Sache nicht nachtheilig afficiren, und nach Erlöschung der emphyteusis keine schädlichen Folgen zurücklassen, s. Thibaut System des P. R. § 777. (Ed. 8.), Glück l. c. Bd. VIII. § 603. Bd. IX. § 625. S. 41., Mühlenbruch Doctr. Pand. T. II. § 299. Gleicherweise erlischt auch das vom emphyteuta einem Gläubiger, ohne Consens des dominus, auf dem Gute constituirte Unterpfand, wenn dieses an den dominus zurückfällt, l. 31. D. 20. 1., si, ut proponeretur, vectigali non soluto jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse.

Zu 3) In der Natur des Geschäfts liegt es offenbar, daß der emphyteuta für Culturkosten keine Vergütung fordern kann, l. 2. C. 4. 66., und eben so wenig für gewöhnliche Meliorationen, Nov. 120. c. 8., sondern nur für außerordentliche, welche dem dominus auch wirklich nützlich sind, s. Glück l. c. Bd. VIII. § 604., Buri Lehenrecht S. 186., v. Buchholz Versuche ꝛc. S. 201., jedoch auch diese wohl nicht, wenn er wegen unterlassener Abgabenentrichtung entsetzt worden ist, l. 2. C. 4. 66. — Thibaut l. c. § 778.

Zu 4) Leyser Sp. 102. Med. 8., Thibaut im System des P. R. § 780. und in dessen Versuchen Bd. II. S. 310 ꝛc. und Andere behaupten für die Zulässigkeit der Compensation den Gerichtsbrauch; s. aber dagegen Buri l. c. 4te Forts. S. 934. Eine mittlere Meinung nimmt Glück l. c. Bd. VIII. S. 415. dahin an, daß eine wirkliche Deterioration und somit Privation der Emphyteuse dann nicht stattfinden könne, wenn theilweise Verschlimmerung zu dem Zwecke einer auf andere Weise zu bewirkenden Verbesserung und Werthserhöhung geschah, weil dann eigentlich eine Verschlimmerung nicht vorhanden sey.

Zu 5) Die bejahende Meinung, welche von Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 6. tit. 3. § 20. und Stryck Cautel. contract. S. II. Cap. 9. § 1. vertheidigt wird, scheint durch § 3. J. 3. 24. und l. 1. in f. C. 4. 66. gerechtfertigt, indem darin Particularschäden dem emphyteuta aufgelastet werden, dagegen Andere in den an-

geführten Gesetzen nur ein damnum sentire, nicht aber ein damnum praestare finden, s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche S. 23., mithin keine andere Folge daraus ziehen, als daß ein solcher Unglücksfall dem emphyteuta zur Last falle, ohne daß er deswegen vom Contract abgehen oder einen Remiß am Canon vom dominus fordern könne, Buri Lehenrecht S. 896.

Zu 6) Die bejahende Beantwortung wird aus dem Veräußerungsrecht des emphyteuta gefolgert, Glück l. c. Bd. VIII. S. 401., Hofacker l. c. T. II. § 1043.

Zu 7) An den Accessionen erwirbt er gar kein Eigenthum, aber daß sich sein emphyteutisches Recht auch auf sie erstrecke, läßt sich, wie Mackeldey im Lehrb. d. h. R. R. § 296. bemerkt, ihm wohl nicht absprechen. In Ansehung des Schatzes hat die Frage große Schwierigkeiten. Die l. 1. C. de thesauris (10. 15.) gesteht Demjenigen den Schatz zu, der ihn in loco suo ausgegraben hat. Es fragt sich also, ob das emphyteutische Grundstück in Beziehung auf den emphyteuta als locus suus gelten könne. Muß man diese Frage verneinen, so kann man dem emphyteuta als solchem gar kein Recht auf den Schatz, sondern nur als Finder die Hälfte zugestehen. Nun wollen zwar die Neueren dem emphyteuta nicht, wie die Glosse ad l. 1. D. si ager vectigalis petatur (6. 3.) gethan hat, welcher auch Glück l. c. Bd. VIII. § 602. S. 398., Voet Comm. ad Pand. Lib. VI. Tit. 3. § 11., Tigerström über das Verhältniß des Rechts am ager vectigalis, und gewissermaßen auch Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 238. gefolgt ist, ein Eigenthum zuschreiben, sondern nur ein jus in re, welches sie übrigens alle als ein jus dominio proximum erkennen.

Da spalten sich aber die Meinungen wieder, wenn man fragt: hat demnach der emphyteuta alle diejenigen mit dem Eigenthum verbundenen Rechte, welche ihm nicht besonders versagt sind, wie Savigny Recht des Besitzes § 23., Schweppe röm. Privatrecht Thl. II. § 320. und Du Roi im civilist. Archiv Bd. VI. S. 389. annehmen, oder nur gerade so viel Attribute des Eigenthums, als in den Gesetzen besonders anerkannt sind? Nimmt man Letzteres an, so verfährt man inconsequent, wenn man, wie Malblanc Princ. jur. Rom. § 415. dennoch thut, dem emphyteuta gleichwohl den gefundenen Schatz beilegt, und da die meisten neueren Rechtslehrer die letztere Meinung angenommen haben, so sprechen sie auch dem emphyteuta den Schatz ab, in so fern er nicht die gesetzlichen Ansprüche des Finders geltend machen kann, v. Buri Erläuter. des Lehenrechts 4te Forts. S. 168., Gebr. Overbeck Meditt. Thl. I. no. 39., Thibaut civilist. Abhandl. no. 11.

und System des P. R. § 777., und Braun Erörterungen § 631., Mühlenbruch Lehrb. der Pand. Bd. II. § 295., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. I. § 158. (107.), insbesondere Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 296. durch Argumentation aus l. 7. § 12. D. 24. 3.

Zu 8) Nach dem Gesetz wird zwar der emphyteuta nur durch den gänzlichen Untergang des emphyteutischen Guts von dem Canon frei, und da ihn theilweise Verunglückung nicht frei macht, so muß wohl dasselbe von temporären Unglücksfällen gesagt werden, s. Glück l. c. Bd. VIII. S. 417. not. 45., Thibaut Versuche Thl. II. S. 313. Indessen möchte doch in dem außerordentlichen Falle, wenn der emphyteuta von Haus und Hof gänzlich vertrieben und das Gut verödet worden ist, so daß es weder bewohnt noch bebaut werden konnte, purgatio morae anzunehmen seyn, c. 4. X. de locat. cond. (3. 18.) Die Entrichtung des Canons ist doch eigentlich durch den wirklichen Besitz des Guts bedingt, welchen der dominus selbst in solchem Fall gegen feindliche Gewalt nicht hätte behaupten können. Si propter naturam rei, veluti si praedium inundatum sit, aut propter latronum potentiam non potest possideri, recte dicitur non esse, quod possideatur, l. 12. § 2. D. 4. 25. — l. 10. § 1. D. 18. 6. — l. 3. § 17. D. 41. 1. — Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. no. 70.

Zu 9) Gesetzlich muß, wie eben bemerkt worden ist, die Frage verneint werden. Wenn gleichwohl die entgegengesetzte Meinung auch Anhänger wegen l. 15. § 4. D. 19. 2. gefunden hat, s. Gesterding Eigenthumsrecht S. 462., Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. § 296., so wird mit Recht entgegnet, daß es noch zweifelhaft sey, ob man die eben angeführte l. 15. § 4. D. 19. 2. von der Emphyteuse zu verstehen habe, da sie ja auch vom Zollpacht (wie sie in der deutschen Uebersetzung des corpus juris auch dafür genommen ist) verstanden werden kann, jedenfalls aber, wie v. Vangerow Pand. Bd. I. § 359. bemerkt, diese Gesetzesstelle nur in der früheren Ansicht ihren Grund hat, daß dem emphyteutischen Recht eine locat. conduct. zu Grunde liege, welche aber durch Zeno's Verordnung in l. 1. C. 4. 66. niedergeschlagen ist.

Indessen läßt sich wohl mit Thibaut im System § 778. und Glück l. c. Bd. VIII. S. 419. ein Remiß in folgenden Fällen statuiren:

a) wenn der Canon im Verhältniß zu den Früchten des Guts gesetzt, oder

b) auf bestimmte Früchte des Guts regulirt ist, diese aber gar nicht,

oder nicht in dem für den Canon bestimmten Quantum erzeugt werden konnten, oder

c) wenn der Canon nach Morgenzahl berechnet worden ist, welchenfalls er auch nur nach diesem Verhältniß gefordert werden kann.

Mehreres hierüber s. Kettenhorn in Scholz III., Zeitschr. für Landwirthschaftsrecht Bd. II. S. 230.

Zu 10) Dem Versprechen, den emphyteuta nicht vertreiben zu wollen, wird immer die gesetzliche Bedingung der ordentlichen Entrichtung des Canons stillschweigend subintelligirt, l. 54. § 1. D. 19. 2.

Wenn sich auch der emphyteuta zu einer andern Strafe verstanden hat, so wird doch nicht angenommen, daß der dominus auf die gesetzliche Strafe dabei verzichtet habe. Wenn dies also nicht ausdrücklich geschehen ist, hat er das Wahlrecht, und nur im entgegengesetzten Fall kann er den emphyteuta nicht expelliren; s. die Glosse zu l. 2. C. 4. 66., sed quid, si fecerit pactum dominus, ut non liceat ei emphyteutam expellere, etiam si pensionem non solvat? Resp. pactum servandum.

Zu 11) Nein; nam hoc in casu dies statuta pro domino interpellat, doch kann purgatio morae nach allgemeinen Grundsätzen stattfinden, c. 4. X. de locat. cond. (3. 18.), Beck D. de jure emphyteutico cap. 10. § 3. Uebrigens läßt sich ein gesetzlicher Grund nicht für die Meinung Derjenigen auffinden, welche zur Entsetzung des emphyteuta wegen Nichtzahlung des Canons bösen Vorsatz oder grobe Nachlässigkeit erforderlich halten, wie Leyser Spec. 103. Med. 2. u. 3., Hofacker l. c. T. II. § 1057., Walch Introd. in Controv. § 646. behaupten und Thibaut l. c. § 780. wenigstens als in praxi angenommen behauptet; s. dagegen Glück System des P. R. Bd. VIII. S. 425.

Zu 12) Sie haften in solidum, ne praestatio canonis confundatur, l. 7. pr. D. 10. 3. — l. 2. C. 8. 32. — Thibaut l. c. § 778., und können auch zur Stellung eines Lehenträgers angehalten werden, Glück l. c. Bd. VIII. § 605. a. E., Schröter Abhandl. von der Lehenwaare.

Zu 13) Glück l. c. Bd. VIII. S. 433. führt eben so viele Autoritäten für die Bejahung, als für die Verneinung dieser Frage an, und erklärt sich selbst für letztere, besonders aus dem Grunde, weil die Verbindlichkeit zur Zahlung der Rückstände neben der Räumungsverbindlichkeit besteht, welche mit dem Ablauf des letzten Jahres ipso jure eintritt, l. 2. C. 4. 66. — Nov. 7. c. 3. § 2., die anscheinend entgegenstehenden Worte des cap. 4. X. de locat. cond. aber, nisi

celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset, juste potuisset expelli, wenn nicht anders das römische Recht hier wegen seiner Consequenz überhaupt vorzuziehen wäre, doch nur in Betreff der kirchlichen Emphyteusen aus dem besonderen Grunde ihres kürzeren Erlöschungstermins gelten können. Darüber ist gar kein Zweifel, daß die 3jährige Nichtzahlung dann die Verstoßung des emphyteuta nicht weiter zur Folge haben könne, wenn der dominus ihn nicht nur sitzen läßt, sondern auch noch für das vierte Jahr den Canon annimmt.

Zu 14) Bei Kirchengütern ist schriftliche Errichtung ausdrücklich zur Nothwendigkeit gemacht, durch die Bestimmung der Nov. 120. c. 6. § 2. Bei weltlichen Emphyteusen spricht zwar l. 1. C. 4. 66. von pactionibus scriptura intervenientibus, aber nicht disponirend, sondern nur erwähnend, und es ist gewiß nur von pactionibus zu verstehen, durch welche etwas von den naturalibus negotii Abweichendes festgesetzt werden wollte. Die schriftliche Errichtung wird als etwas ganz Willkührliches behandelt in l. 2. u. 3. C. 4. 66. Die meisten Rechtsgelehrten beantworten daher die Frage gegen die von Thibaut im System des P. R. § 778. und in Braun's Erörter. zu Thibaut § 633. behauptete Meinung verneinend nach dem Princip der Consensual-Verträge, § 3. J. 3. 24. — Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 359., Glück l. c. Bd. VIII. S. 458., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 159. (113.), Walch Controv. J. c. pag. 643.

Zu 15) Die 30jährige Extinctivverjährung der Klagen hat wohl auch im emphyteutischen Verhältniß keinen Zweifel gegen sich, desto mehr aber die ordentliche Adquisitivverjährung. Die Meinungen sind getheilt, theils ob überhaupt die Verjährung auf dieses Institut anwendbar sey, s. Unterholzner Verjährungslehre § 239., Büchel über jura in re, Marb. 1834. S. 52., Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. § 301., Schilling Lehrb. f. Institt. Bd. II. § 108., theils darüber, ob die Grundsätze der Eigenthums- oder Servituten-Verjährung in Anwendung zu bringen seyen. Für letztere entscheidet Thibaut l. c. § 1018., für erstere Schweppe röm. Privatr. Bd. II. § 324., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 159. (113.) Die Meisten nehmen überhaupt Erwerbung durch Ersitzung an, wie Glück l. c. Bd. VIII. S. 474., Puchta Lehrb. § 173., Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 298. Insbesondere ist es keinem Zweifel unterworfen, daß auch in der ordentlichen Verjährungszeit eine Emphyteuse entstehen könne, wenn Jemand von seinem Gute einem Andern als putativen Eigenthümer einen Grundzins die Verjährungszeit hindurch gereicht hat, l. 20. pr. C. 11. 47. — Schilling l. c. § 180. not. 1., Mackeldey l. c. § 298.

Zu 16) Die von Vielen aufgestellte verneinende Meinung, s. Thibaut l. c. § 780., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. no. 70., Hofacker l. c. T. II. § 1055., wird gestützt auf l. 3. C. 11. 61. und cap. 3. X. de immunit. eccles. (3. 49), sowie auf die allgemeinen Grundsätze zweiseitiger Verträge; allein die l. 3. cit. spricht, wie Glück l. c. Bd. VIII. S. 532 rc. ausführt, blos von Patrimonialgütern des princeps, und cap. 3. X. cit. nur von den s. g. colonis originariis. Die Natur unseres Vertrags spricht vielmehr dafür, daß der emphyteuta sein Recht eben so gut aufgeben, als auf einen Andern übertragen könne, und daß er durch die übernommene Colonisirung blos ein Recht auf die fremde Sache erlangt habe, welches wie das Eigenthum aufgegeben werden kann. Dafür streitet auch die Befugniß des Vasallen zur Refutation eines Lehens nach II. Feud. 38. und die Freiheit des Usufructuars zur Begebung des Nießbrauchs, im Fall die Lasten den Ertrag übersteigen.

Zu 17) Daß sogar minderjährige Besitzer eines emphyteutischen Guts dasselbe verlieren können, wenn durch die Schuld der Vormünder der Canon nicht gehörig abgetragen worden ist, verordnet sehr bestimmt l. 23. C. 5. 37. und verweist den Minderjährigen lediglich an seinen Vormund. Die zur Unterstützung der entgegengesetzten Ansicht in v. Buchholz jurist. Abhandl. S. 329. angeführte l. 2. C. 11. 61. spricht nicht von dem Canon, sondern von den Pachtgeldern der Krongüter (fundi patrimoniales) und wird daher nicht für anwendbar erachtet, s. Glück P. C. Bd. VIII. S. 541. u. 542. not. 30. mit Beziehung auf Cujac. und Andere; s. auch die nota 86. zu l. 2. C. 11. 61. in der deutsch. Uebers. des Corpus juris Bd. VI. S. 607.

Zu 18) Da eine theilweise Privation, wie Beck D. de jure emphyteutico cap. 15. § 6. pag. 407. und Gebr. Overbeck in den Meditt. Bd. II. no. 60. S. 26. annehmen, nicht in den Gesetzen gegründet ist, s. Thibaut Versuche Thl. II. no. 15., so muß wohl auf Entsetzung sämmtlicher solidarisch verpflichteter Theilhaber desfalls erkannt werden, s. Glück l. c. Bd. VIII. S. 541., sowie sie auch sämmtlich den Verlust erleiden müssen, wenn der gemeinschaftliche Lehenträger die Versäumniß begangen hat.

Zu 19) Die Caducität, s. Glück l. c. Bd. VIII. S. 452. u. 543. Doch findet bei einem blos unter suspensiver Bedingung, ohne Uebergabe, geschlossenen Verkauf eine Strafe nicht Statt.

Zu 20) Die 30—40jährige Extinctivverjährung unterliegt auch hier keinem Zweifel, sowie auch, daß der Emphyteuta nicht das freie

Eigenthum blos durch 10—20jährige Nichtentrichtung des Canons ersitzen könne, l. 7. § 6. C. 7. 39. Mehreres hierüber s. Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. § 241., Glück l. c. Bd. VIII. S. 548., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 361.

Superficies. *)

Nach dem bekannten Grundsatz: superficies cedit solo, kann ein gesondertes Realrecht an der superficies (d. i. an demjenigen, was sich auf der Oberfläche eines Grundstücks befindet und mit demselben oder auch mit einem schon auf demselben stehenden Gebäude durch Kunst oder Natur so fest verbunden ist, daß es einen Theil desselben ausmacht) nur dadurch entstehen, daß der Eigenthümer des Grundes und Bodens einem Andern ein jus superficiarium (d. i. ein vererbliches und veräußerliches Recht auf vollständige Benutzung des Gebäudes, l. 1. § 6—9. D. 43. 18.) constituirt, wofür er sich gewöhnlich eine Art von Dienst (solarium, pensio) bedingt. Hierbei kommen folgende Fragen in Betracht:

1) Ob das jus superficiarium auch durch Ersitzung erworben werden kann?
2) Ob es zur Erwerbung der superficies nöthig sey, daß zum Vertrag auch Tradition hinzukomme?
3) Ob die Nichtentrichtung des solarii auch, wie bei der Emphyteusis die Nichtzahlung des Canons, den Verlust des Rechts zur Folge haben kann, oder auch der Untergang des Gebäudes?
4) Ob der Superficiar sich auch wider Willen des Eigenthümers der superficies entschlagen kann?

Zu 1) Mehrere verneinen dies; s. Puchta Lehrb. § 175., Du Roi im civilist. Archiv Bd. VI. S. 397. Obgleich die zunächst dafür angeführte l. 26. D. 41. 3. nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest darüber nicht entscheiden zu können scheint, weil

*) Eine vorzügliche Abhandlung hierüber von Rudorff, welche theils wegen neuer Aufschlüsse, theils wegen Berichtigung mancher Irrthümer berücksichtigt zu werden verdient, findet sich in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. XI. no. 7. (1842).

sie nichts Anderes als die Unmöglichkeit des Eigenthumserwerbs durch Ersitzung an der superficies ohne den Boden ausspricht, s. Schilling Lehrb. der Institt. Bd. II. § 183., so zeigen sich hier doch wenigstens die nämlichen Bedenken, welche oben bei der emphyteusis bemerkt wurden.

Zu 2) Gewöhnlich wird auch die Tradition zur wirklichen Erwerbung erfordert, l. 31. pr. D. 41. 1. — Thibaut l. c. § 779., Schilling l. c. Bd. II. § 183., dagegen Du Roi im civilist. Archiv Bd. VI. S. 397. sie beim ersten Vertrag nicht für nöthig hält.

Zu 3) Das solarium ist bei diesem Vertrag nichts so Wesentliches, wie bei der emphyteusis der Canon; daher, was von diesem in den Gesetzen bestimmt ist, nicht auf jenes auszudehnen ist. Die superficies kann auch ohne Stipulation eines solarii constituirt werden, s. Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 300., Thibaut l. c. § 780. Die l. 15. D. 20. 4., aus welcher Einige das Gegentheil begründen wollen, spricht nur von einem Vorzugsrecht des domini soli vor Demjenigen, welchem die superficies vom Superficiar verpfändet ist, s. Mackeldey l. c. § 302. not. d. Eben so wenig findet der Verlust der superficies durch Nichtentrichtung der öffentlichen Abgaben, oder wegen einseitiger Veräußerung, oder wegen Deterioration Statt, s. Thibaut l. c. § 780. Doch kann, wenn ein Miethvertrag zum Grunde liegt, dem Superficiar die superficies, wie einem andern Miethsmanne, entzogen werden, s. Schilling l. c. § 183. bezüglich l. 54. § 1. D. 19. 2. und l. 3. C. 4. 65.

Indem das Wesentliche der superficies darin gefunden wird, daß nach der Absicht der Contrahenten der Eine auf dem Grund und Boden des Andern ein Gebäude als Eigenthum haben soll, ohne zugleich Eigenthümer des Grund und Bodens selbst zu werden, l. 9. § 4. D. 39. 2. — Du Roi im civilist. Archiv Bd. VI. S. 385., lag der Gedanke nahe, daß mit dem Untergange des Gebäudes auch das dazu verliehene Recht erlösche, Donell. comm. de jure civili Lib. IX. Cap. 18. § 4. u. 5., Hofacker Princ. jur. civ. Tom. II. § 1074., was sogar hier und da als communis opinio erklärt wird, s. Müller Promtuar. jur. Vol. VII. pag. 266., aber mit l. 39. § 2. D. 39. 2. ganz unzulänglich begründet werden will, auch von Andern nur mit der Einschränkung behauptet wird, si nec rudera superficiei ad reficiendum supersint, Lauterbach Coll. th. pr. Lib. 43. tit. 18. § 35. Es ist aber unter den Neueren die Meinung überwiegend, daß der Superficiar durch den Untergang des Gebäudes in keinem Fall das Recht der Wiederaufbauung verliere, s. Schweppe röm. Privatr.

Bd. II. § 326. S. 250., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 43. tit. 18. pag. 354., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. I. S. 393. (§ 124.), Leyser Spec. 59. Med. 11. Cor. 3., und dafür hat sich auch das O. A. G. in München entschieden, s. Seuffert u. Glück Bl. für Rechtsanwendung Bd. XIV. S. 298. Eine vollständige Zusammenstellung der Unterschiede zwischen emphyteusis und superficies s. v. Buchholz jurist. Abhandl. no. 25.

Zu 4) In dem Fall, wenn ein solarium bedungen ist, finden dieselben Grundsätze, wie bei der emphyteusis Statt, s. Thibaut l. c. § 780., Schilling l. c. § 183.

Kapitel V.

Vom Pfandrecht.*)

Dig. XX. tit. 1. de pignoribus et hypothecis. tit. 2. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. tit. 3. quae res pignori vel hypothecae obligari possunt. tit. 4. qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. tit. 5. de distractione pignoris. tit. 6. quibus modis pignus aut hypotheca solvitur.

Dig. XIII. 7. de pignoratitia actione.

Dig. XLII. 4. ex quibus causis in possessionem eatur.

Dig. XLIII. 33. de Salviano interdicto.

Cod. VIII. tit. 9. de precario et salviano interdicto. tit. 14. de pignoribus et hypothecis. tit. 15. in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur. tit. 16. si aliena res pignori data sit. tit. 17. quae res pignori obligari possunt vel non. tit. 18. qui potiores in pignore habeantur. tit. 19. de his qui in priorum

*) Ueber die Beschaffenheit und den Entwickelungsgang des deutschrechtlichen, durchaus auf Besitzübertragung begründeten Pfandschaftswesens, welches an unbeweglichen Sachen gewöhnlich durch die Form des Verkaufs auf Wiederverkauf, oder des Rentenkaufs, oder durch gerichtliche Auflassung bewirkt wurde, die Entstehung des Ingrossationssystems und endlich den Uebergang zum Hypothekensystem der neuesten Gesetzgebungen verbreitet sich umfänglich Mittermaier in seinen Grundsätzen des deutschen Privatrechts Bd. I. § 260. (180.) u. folg.

creditorum locum succedunt. tit. 20. si antiquior creditor pignus vendiderit. tit. 21. si communis res pignori data sit. tit. 22. de praetorio pignore, et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat. tit. 23. si in causa judicati pignus captum sit. tit. 24. si pignus pignori datum sit.

Cod. IV. tit. 24. de pignoratitia actione.

Cod. VIII. tit. 25. de partu pignoris et omni causa. tit. 26. de remissione pignoris. tit. 27. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse. tit. 28. de distractione pignoris. tit. 29. debitorem venditionem pignoris impedire non posse. tit. 30. si vendito pignore agatur. tit. 31. de luitione pignoris. tit. 32. si unus ex pluribus heredibus creditoris et debitoris partem suam debiti solverit vel acceperit. tit. 33. si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit. tit. 34. de jure dominii impetrando. tit. 35. de pactis pignorum et de lege commissoria in pignoribus rescindenda. tit. 36. si adversus creditorem praescriptio opponatur. tit. 46. creditorem evictionem pignoris non debere.

---

§ 1. Von den Forderungen als Voraussetzung zum Pfandrecht und von den Gegenständen des Pfandrechts.

1) Wie muß die Forderung beschaffen seyn, welche dem Pfandrecht zur Grundlage dienen soll?

2) Welche Gegenstände sind von der Verpfändungsfähigkeit ausgeschlossen?

3) In wie fern können Servituten ein Gegenstand des Pfandrechts seyn?

3a) Da die Verpfändung einer fremden Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers, wenigstens unter den Contrahenten, nicht ohne alle rechtliche Wirkung bleiben kann, so fragt sich, wie und unter welchen Voraussetzungen diese und jene Wirkungen eintreten?

Man denke sich folgende Fälle:

A. Verschiedene Personen haben dieselbe Sache verpfändet, der wirkliche Eigenthümer und ein Besitzer in gutem Glauben oder zweierlei Besitzer in gutem Glauben, oder auch ein bloßer Miteigenthümer.

B. Nur ein Nichteigenthümer hat die Sache verpfändet. Dabei läßt sich wohl als möglich denken, daß der Pfand-

geber, indem er des Andern Sache verpfändete, auch das dafür empfangene Geld in den Nutzen des wirklichen Eigenthümers verwendet habe, und dann gebührt dem Pfandinhaber ohne Zweifel in so lange das Retentionsrecht, bis jener ihn in so fern befriedigt haben wird; l. 1. C. 8. 16., Westphal von Verpfändung fremder Güter § 8. not. z.

Außerdem lassen sich folgende Fälle denken:

a) der Verpfänder erwirbt in der Folge doch das Eigenthum einer von ihm unbefugt verpfändeten Sache; oder
b) der wahre Eigenthümer verfiel durch listiges Verschweigen des Sachverhältnisses selbst in Verantwortung; oder
c) durch solche Handlungen, welche als stillschweigende Einwilligung gelten; oder es wird
d) durch seine später hinzugekommene ausdrückliche Genehmigung das vitium geheilt.

Was ist in dergleichen Fällen die rechtliche Folge?

4) Man setze den Fall: eine fremde Sache war zum Unterpfand bestellt, und der Pfandgläubiger tritt seine Forderung und Pfandrechte an einen Andern ab. Hinterher zeigt sich, was der Cedent nicht wußte, und auch wohl nicht füglich wissen konnte, daß der Cessionar sich des Unterpfandes nicht bemächtigen kann, weil es eine fremde Sache ist, — was ist nun der Gewährleistung halber Rechtens?
5) In wie fern haftet das Gericht für eine von ihm bestätigte ungültige Hypothek?
6) Wenn der Eigenthümer der Sache sie einem Andern kaufs- oder schenkungsweise übertragen, aber noch nicht übergeben hat, gilt dann die nach dem Geschäft, aber noch vor der Uebergabe von ihm vorgenommene Pfandbestellung?
7) Wenn die verkaufte Sache dem Käufer bereits übergeben, aber vom Verkäufer das Eigenthumsrecht bis zu erfolgender Zahlung des Kaufschillings vorbehalten war, so fragt sich, ob da noch der Verkäufer und ob schon der Käufer die Sache gültig verpfänden könne?
8) Kann eine Forderung, auch wenn kein schriftliches Schuldbekenntniß vorhanden ist, Gegenstand der Verpfändung seyn?
9) In wie weit kann derjenige, welchem eine gemeinschaftliche Sache von einem einzelnen Theilhaber verpfändet worden

ist, sein Recht geltend machen, wenn später die Sache unter den Theilhabern abgetheilt worden ist?

10) Auch Forderungen können Gegenstand der Verpfändung seyn. In Ansehung der Rechte desjenigen, welchem ein nomen verpfändet ist, kann ungeachtet vieler theoretischer Discussionen in Praxi als ausgemacht angenommen werden, daß derselbe, wenn er nicht bei Verfallzeit seiner Forderung bezahlt wird, die Forderung entweder veräußern oder mit einer actio utilis in eigenem Namen einklagen kann, ohne daß er erst seinen eigenen Schuldner zu executiren braucht; s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I. S. 3., Bd. VII. S. 1., Mühlenbruch Lehre von der Cession S. 527., Mackeldey Lehrb. d. R. R. herausgegeben von Roßhirt Bd. II. § 305., Puchta Lehrb. d. Pand. § 190., Gaupp D. de nominis pignore. Berol. 1820., Huschke D. de pignore nominis, ejus natura et effectu. Goett. 1820., Sintenis Handb. d. gem. Pfandrechts § 22., Buchka D. de pignore nominis. Rost. 1843. Macht dann eine Geldsumme den Gegenstand der ihm verpfändeten Forderung aus, so behält er davon so viel, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist; ist aber eine körperliche Sache Gegenstand der Forderung, so erhält er diese pignoris loco, l. 18. pr. D. 13. 7. — l. 20. D. 20. 1. — l. 4. C. 8. 17. — l. 7. C. 4. 39. — l. 2. C. 4. 15., und auch im Concurs seines Schuldners muß er eben so behandelt werden, wie ein anderer Pfandgläubiger; Schweppe System d. Concurses der Gläubiger § 47., Quistorp rechtliche Bemerkungen Th. I. S. 140., Pütter Rechtsfälle Bd. III. Thl. 3. no. 299. S. 247., Mevii Dec. P. II. Dec. 287. P. V. Dec. 344. Nothwendig ist es aber, analog der cessio nominis, daß der Schuldner der verpfändeten Forderung von der geschehenen Verpfändung certiorirt werde; denn ohne dieses kann kein selbstständiges Rechtsverhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und dem Schuldner der verpfändeten Forderung begründet werden; s. Sintenis l. c. S. 145., Pfeiffer l. c. Bd. VII. S. 5. und 11. ꝛc. Zweifelhaft ist übrigens besonders,

a) ob der Pfandnehmer schon vor der Verfallzeit seiner Forderung sein Recht am nomen oppignoratum geltend machen könne?

b) Wenn eine Forderung Mehreren nach einander verpfändet ist, wie sich der Vorrang unter denselben bestimme?

11) In Ansehung des Afterpfands (subpignus) ist viel darüber gestritten worden, ob das Pfandrecht selbst, beziehungsweise die actio hypothecaria, weiter verpfändet sey, oder die verpfändete Sache selbst? Mit dieser Streitfrage verbindet sich die weitere: ob und wie weit zugleich die Forderung als mitverpfändet anzusehen sey?

Zu 1) Da das Pfandrecht, durch welches einem Gläubiger eine Sache dahin obligat gemacht wird, daß er sie nöthigenfalls zum Zweck seiner Befriedigung solle veräußern können, seiner Natur nach ein accessorisches Recht ist, welches mit der Hauptobligation entweder steht oder fällt, so folgt, daß letztere nicht nach den Gesetzen dergestalt ungültig seyn dürfe, daß nicht einmal eine naturale Verbindlichkeit zurückbleibt. Für eine blos natürliche Forderung ist aber auch das damit verbundene Pfandrecht wirksam; l. 5. pr. l. 14. pr. D. 20. 1. — l. 101. D. 46. 3. Nicht so, wenn die Forderung gesetzlich reprobirt, oder wegen einer in odium creditoris begründeten exc. perpetua entkräftet ist, wie z. B. durch den Vellejanischen Rathschluß geschehen ist, wo der intercedirenden Ehefrau die Rückforderung des bestellten Unterpfands ausdrücklich gestattet wird; l. 32. § 1. D. 16. 1. Zwischen einer obligatio ipso jure nulla und ope exceptionis inefficax ist überhaupt nur in so fern ein Unterschied, als derjenige, welcher die Exception gegen die Forderung unterließ, wo er sie wirksam gebrauchen konnte, nur dann als verzichtend angesehen werden kann, wenn er sie wirklich kannte; Sintenis pr. Civilr. Bd. I. S. 606. not. 2. Ohne Zweifel kann auch für künftige und für bedingte Forderungen ein Pfandrecht bestellt werden. Letzteres ist dann nicht auch, wie die Forderung, suspensiv bedingt, sondern nur vom Nichteintritt der Bedingung, wie von einer Resolutivbedingung abhängig; Sintenis l. c. S. 607.

Zu 2) Was eine bestimmte Person nicht verkaufen kann,*) kann sie auch in der Regel nicht verpfänden. Doch leidet diese Regel verschiedene Modificationen, z. B.

---

*) Daß zufällig der Gläubiger sie nicht kaufen kann, schadet jedoch der Verpfändung nicht an ihrer Gültigkeit; l. 24. D. 20. 1. — Emphyteusis und Superficies sind vom Pfandrechte nicht ausgenommen: s. Hepp im civilist. Archiv Bd. XV. S. 79.

a) bei den dem Verkehr entzogenen Sachen; denn die res divini juris erfordern zu ihrer Verpfändung eben so, wie zu ihrer Veräußerung nur eine genügende Ursache und die Beobachtung der gesetzlichen Form, welche im Ganzen der bei Veräußerung von Mündelgütern ähnlich ist;

b) bei Sachen, deren Veräußerung gesetzlich verboten ist, machen die nothwendigen Pfandrechte eine Ausnahme, z. B. sie gelten an rebus litigiosis unbedenklich, nur muß eben der Verpfänder obsiegen, s. Sintenis l. c. S. 609.; an Dotalsachen wird die Ehefrau das für ein Darlehen zur Wiederherstellung eines Hauses geltende nothwendige Pfandrecht anerkennen müssen, Sintenis l. c.; an Sachen, deren Veräußerung von dem dermaligen Eigenthümer derselben oder durch eine richterliche Anordnung verboten ist, hat das nothwendige Pfandrecht immer seine Wirksamkeit, s. Sintenis Pfandrecht S. 80.; ein testamentarisches Veräußerungsverbot hat nur dann Wirkung, wenn es im Interesse einer besonderen Person erlassen ist; l. 7. C. 4. 51. — l. 114. § 14. D. de legat. I. (30.)

Zu 3) In Ansehung

a) der Personalservituten ist es vom usus fructus ausgemacht, daß er sowohl vom Proprietar, als auch vom Inhaber des Nutznießungsrechts verpfändet werden könne, l. 11. § 2. D. 20. 1. (versteht sich nur der Ausübung nach; denn das Recht selbst bleibt im letzteren Falle immer beim Usufructuar.)

Man kann auch, wenn einmal die Verpfändung einer Servitut als gesetzlich zulässig anerkannt ist, nicht mehr mit Gesterding vom Pfandrecht S. 71—74. die rechtliche Folge davon, nämlich die Veräußerungsbefugniß des Pfandgläubigers in Zweifel ziehen wollen, s. Hepp im civil. Archiv Bd. XV. S. 85.; fragt man aber dann, in wessen Person sich der pfandweise bestellte Usufruct endiget, so muß man unterscheiden:

1) ob der Usufructuar ihn Jemandem pfandweise überlassen hat; — dann hört ganz natürlich mit dem Tod des Usufructuars, als des Verpfänders, auch für den Pfandinhaber ein Recht auf, welches jener selbst nur auf Lebenszeit hatte; l. 8. pr. D. 20. 6. Zweifelhafter ist die Frage in dem Fall:

2) wenn der Proprietar seinem Gläubiger einen Usufruct pignoris loco eingeräumt hat. Da, meinen Mehrere, müsse sich derselbe mit dem Tod des Gläubigers endigen. Allein diese Meinung Einiger kommt nur daher, daß sie den Pfandgläubiger des usus-

fructus als den Usufructuar selbst ansehen. Allein das ist eben doch nicht ein und dasselbe im Begriff. Begeht man also diese Verwechselung nicht, so muß man, während dem Gläubiger und seinen Erben, so lange die Forderung nicht bezahlt ist, das jus distrahendi pignoris zusteht, erst mit dem Tod des Käufers des zum Unterpfand bestellten ususfructus diesen als geendigt betrachten; Büchel civilr. Erörter. Thl. I. no. 3. S. 91—94.

Vom usus sprechen die Gesetze nicht speciell dessen Verpfändungsfähigkeit aus,*), indessen muß dieselbe nach dem allgemeinen Grundsatz: was veräußert werden kann, kann auch verpfändet werden, l. 9. § 1. D. 20. 1., bei allen persönlichen Servituten auf gleiche Weise angenommen werden, in so weit nicht die Natur der Sache ein besonderes Hinderniß entgegenstellt. Dies ist nun allerdings dann der Fall, wenn der Usufructuar seinen usus verpfänden wollte; denn die Ausübung des usus läßt sich von seiner Person nicht trennen, ein usus des usus sich nicht wohl denken; dagegen kann nichts im Wege stehen, wenn der Eigenthümer der Sache Jemandem einen usus daran pfandweise bestellen will, s. Schilling Lehrb. f. Institt. ꝛc. § 206. not. h., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 367.

b) In Betreff der Realservituten verbietet, was die Servitutes praediorum urbanorum anbelangt, die Natur der Sache, nämlich deren Unzertrennlichkeit vom praedio dominante, dem Servitutinhaber gleichfalls die Fähigkeit, eine bereits bestehende Servitut gesondert zu verpfänden, und eben so wenig kann der Eigenthümer des dienenden Guts eine Servitut blos pfandweise darauf bestellen. Auch dies scheint den Rechtsbegriffen zu widerstreiten, weshalb gewöhnlich die l. 11. § 3. D. 20. 1. verb.: jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt, igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint, von beiden Fällen verstanden wird.

Das bei der serv. praed. urban. in der Natur der Sache liegende Hinderniß gegen deren Verpfändung fand sich jedoch bei den serv. praed. rusticorum nur dann, wenn der Servitutinhaber sie zum Unterpfand bestellen wollte, nicht aber, wenn der Eigenthümer des dienenden Guts sie wem immer, der sie nützlich gebrauchen konnte, unterpfandsweise ein-

*) Weshalb Einige an demselben durchaus keine Verpfändung statuiren; s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Thl. I. § 164. (128.), Gesterding Pfandrecht S. 74. (allein s. dagegen Büchel civilrechtl. Erörter. Th. I. no. 3. S. 94. ꝛc.), Sintenis Handb. des gem. Pfandrechts S. 130.

räumen wollte, deshalb ist rücksichtlich dieser in l. 12. D. 20. 1. ausgesprochen: pignoris conventio propter utilitatem contrahentium admittenda est, — versteht sich abermal nur dem Gebrauche nach — ut quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur — *scilicet si vicinum fundum* habeat,*) et si intra certum diem pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. So lange nun der Pfandgläubiger in der Ausübung der Servitut bleibt, ist dieser Theil des Eigenthums noch gar nicht vom Eigenthum ausgeschieden, das Servitutrecht geht auf den Pfandgläubiger so wenig über, als wenn ihm eine körperliche Sache verpfändet ist, das Eigenthum derselben auf ihn übergeht. Er erlangt blos das Recht, die Veräußerung zum Zwecke seiner Befriedigung zu bewirken, so ferne er einen andern vicinum findet, der ein Interesse daran nimmt. Thut dies der pfandweise Inhaber einer solchen Servitut, dann erst entsteht in der Person des Käufers der erste Servitutberechtigte; s. Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 305., Schweppe röm. Privatr. Thl. II. § 329. u. a. m., im Resultat, wenn auch unter abweichenden von Andern bereits gründlich beseitigten Voraussetzungen, auch Glück P. C. Bd. XV. S. 24., Bd. XIX. S. 206.

Gegen die so eben zu b) entwickelte Ansicht, daß servitutes praediorum urbanorum nicht verpfändet werden können, treten inzwischen andere Rechtsgelehrte entschieden mit der Behauptung auf, daß auch diese so gut wie die serv. praed. rust. verpfändungsfähig seyen. Dies scheint auch selbst aus dem vorhin der gewöhnlichen Meinung gleichfalls zum Grunde liegenden Princip zu fließen, daß in dem Pfandgläubiger, da er ja nicht selbst Servitutberechtigter wird, die Voraussetzungen für den Erwerb einer Servitut nicht erfüllt zu seyn brauchen. Gesetzt, ein Nachbar wünscht schon lange Zeit, die servitus oneris ferendi oder cloacae von seinem Nachbar zu erhalten, wie denn an manchen servitut. praed. urb. wenigstens für zwei unmittelbare Nachbargüter ein Interesse bestehen kann, so wird das Recht, ihm dieselbe einzuräumen, jedem Gläubiger des letztgenannten als Sicherungsmittel pfandweise gegeben werden können, und dabei schon jetzt eine genaue Bestimmung des Umfangs der künftigen Servitut zulässig seyn. Während demnach kein

*) Dies ist wohl nicht, wie Sintenis Pfandr. S. 121. annimmt, so zu verstehen, als ob zur Verpfändung absolut erfordert würde, daß der Pfandgläubiger ein praedium vicinum haben müsse, dies ist nur in der Person eines künftigen Käufers nothwendig. Jeder Andere aber kann die Servitut wohl pfandweise inhaben, wenn ihm gleich die Benutzung (das uti servitute) ohne einen fundus vicinus nicht möglich ist.



innerer Grund für die Ausschließung der pfandweisen Bestellung von serv. praed. urban. besteht, kann diese auch nicht aus den angeführten Gesetzstellen l. 11. § 3. und l. 12. D. 20. 1. gefolgert werden. Erstere kann nur auf Verpfändung schon bestehender Servituten bezogen werden, um so mehr, als unmittelbar vorher im § 2. l. cit. auch von der Verpfändung des Nießbrauchs durch den Usufructuar gehandelt wird. Das darauf folgende Fragment kann aber jener Stelle unmöglich einen andern Sinn geben, als es von einem anderen Juristen herrührt. Ein Fragment darf man seiner bloßen Stellung wegen nicht in einem andern Sinn nehmen, als sein Verfasser. Jedenfalls ist so viel gewiß, daß man den Unterschied zwischen den zwei Klassen der Prädialservituten nicht als eine Ansicht der classischen Juristen betrachten dürfe, nicht von Marcian in l. 11. § 3. cit., denn er sagt nur: bestehende serv. urbanae könnten nicht verpfändet werden, nicht von Paulus in l. 12. eod., denn dieser lehrt: serv. rusticae können pfandweise bestellt werden. Man kann daher der Ansicht der Compilatoren gemäß die l. 11. § 3. cit. auf alle serv. praed. jam constitutae, die l. 12. cit. dagegen auf alle serv. praed. constituendae beziehen. So fordert es die ratio juris. — Nach dieser von v. d. Pfordten im civilistischen Archiv Bd. XXII. S. 26. und Mühlenbruch vertheidigten Ansicht*) (vergl. auch Duaren Disp. anniv. II. 13., Voet Comm. ad Pand. L. 8. tit. 4. § 8., Gesterding Ausbeute rc. Thl. IV. Abth. 2. S. 3.) können bestehende Prädialservituten zwar getrennt von dem berechtigten Grundstück nicht verpfändet werden, doch wird es möglich, Prädialservituten, ohne daß hier ein weiterer Unterschied zwischen serv. urb. und rusticis gemacht werden könnte, eben so wie persönliche Servituten pfandweise zu bestellen.

Zu 3 a) Hier kann es zu A. nicht zweifelhaft seyn, daß das jus fortius des Eigenthümers auch dem von ihm bestellten Pfand das Uebergewicht verleiht, wo aber das rechtliche Verhältniß der Pfandgeber gleich ist, da siegt der Besitzer des Pfands über den Nichtbesitzer nach l. 14. D. 20. 4. Ist eine gemeinschaftliche Sache von einem bloßen Miteigenthümer verpfändet, so haftet zwar nur sein intellectueller Antheil, aber eine spätere natürliche Theilung derselben unter den Concurrenten kann dem frühern Bestande des Pfandrechts keinen Eintrag thun; l. 7. § 4. D. 20. 6. — l. 6. § 8. D. 10. 3. — l. 2. C. 3. 37.

*) Indessen bleibt Sintenis der Behauptung gänzlicher Unstatthaftigkeit pfandweiser Bestellung der serv. praed. urb. getreu; s. prakt. Civilr. Bd. I. S. 614. u. f. Recension der oben citirten Abh. von v. d. Pfordten in dem Leipz. krit. Jahrb. 1843. S. 979.



Zu B. muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß, so wie die Frage gestellt ist, blos von dem Fall die Rede seyn kann, wo der Nichteigenthümer Einem oder gar zu verschiedenen Zeiten auch Mehreren eine einzelne bestimmte Sache zum Unterpfand bestellt hat, zu deren Eigenthum er in der Folge wirklich gelangt ist. Dabei lassen sich

Zu a) zweierlei Fälle denken: entweder der Verpfänder hatte zur Zeit der Verpfändung schon wirklich Ansprüche an die Sache, deren Realisirung nur der Folgezeit vorbehalten bleiben mußte; es war nämlich eine res debita, oder der Schuldner hat das Unterpfand unter ausdrücklicher oder wenigstens implicite erkennbarer Bedingung künftiger Erwerbung der Sache bestellt; — oder er war ohne allen wirklichen Anspruch an die von ihm verpfändete Sache. Im ersten Falle gilt das Pfandrecht als auf stillschweigender Voraussetzung der künftigen Erwerbung beruhend, l. 1. pr. l. 16. § 7. D. 20. 1. — l. 3. § 1. D. 20. 4., sobald sie sein geworden ist. Den in der Zwischenzeit vom vorigen Eigenthümer auf gültige Weise constituirten Unterpfändern kann natürlich kein Eintrag dadurch geschehen, ob aber nicht wenigstens dem nunmehrigen Erwerber der Sache gegenüber angenommen werden dürfe, daß der Eintritt der gedachten Voraussetzung die Pfandbestellung auf den Zeitpunkt, da sie geschehen ist, zurück in Gültigkeit versetze, ist bestritten. Die ältere Literatur hierüber s. Glück P. C. Bd. XVIII. S. 216. rc. Von den Neueren wird diese Streitfrage zum Theil bejaht; s. Hofacker Princ. jur. civ. § 1172., Mühlenbruch Doctr. Pand. § 306. not. 12. (Ed. 3.), Unterholzner jurist. Abh. no. 2. S. 70., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. II. § 128., Warnkönig im civilist. Archiv Bd. XXI. S. 178., Trotsche in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. H. 1. no. 3. S. 98. rc. und Schmidt ebend. N. F. Bd. VIII. S. 367. — Die verneinende Meinung, s. Schilling im Lehrbuch f. Institutionen § 207. not. p., Puchta Pand. § 192. not. f., Roßhirt Zeitschr. f. Civil- und Criminalr. Bd. I. S. 23., Glück P. C. Bd. XVIII. S. 216., Bd. XIX. S. 232., Sintenis Handb. S. 386. u. v. Vangerow Pand. Bd. I. § 372. S. 759., welcher auch eine von Sintenis l. c. noch zugelassene Ausnahme in Ansehung einer res debita wohl mit Recht verwirft (s. auch Huschke in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 207.), ist wohl nicht nur durch die Glosse zu l. 7. § 1. D. 20. 4., sondern auch rationell mehr begründet.

Im letzteren Fall, wenn nämlich der Nichteigenthümer eine Sache, auf welche er gar keinen Anspruch hat, ganz unbedingt verpfändete, hat entweder der Pfandnehmer gewußt, daß die verpfändete Sache eine res

aliena sey, dann hat er daran nichts weiter, als ein Retentionsrecht dem Schuldner gegenüber, oder er hat es nicht gewußt, dann convalescirt durch die spätere Erwerbung das auf dieselbe constituirte Unterpfand,*) und er hat act. hypothecariam utilem, l. 41. pr. D. 13. 7. — l. 5. C. 8. 16., und wenn vom non domino die Sache Mehreren verpfändet worden ist, so richtet sich unter ihnen der Rang nach der Zeit der Pfandbestellung; l. 14. D. 20. 4. si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneravit, prior potior est; l. 9. § 3. D. 20. 4.

Einen eigenthüml. Fall behandelt l. 9. § 3. D. 20. 4., welcher den Auslegern viele Mühe verursacht hat; s. Bolley v. öffentl. Unterpfänd. § 55. Titia hatte zuerst dem Titius, dann dem Mevius ein fremdes Gut verpfändet; in der Folge wurde sie Eigenthümerin desselben, gab es aber ihrem Mann in einem Anschlag (venditionis causa) zum Heirathsgut. Wie nun, wenn Mevius sein Pfandrecht, nachdem inzwischen Titius bezahlt worden ist, geltend machen will? Die Entscheidung weist ihn

*) Manche glauben zwar auch im ersten Fall Convalescenz annehmen zu dürfen, s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 3. § 4., indem sie in den Worten des Gesetzes l. 1. pr. D. 20. 1. difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio, keine absolute Versagung der actio utilis finden; es wird aber dagegen dargethan, daß Papinian das Wort difficilius öfter im verneinenden Sinn gebrauche, in welchem es daher auch von den meisten Auslegern angenommen wird; s. oben Bolley l. c. § 53., Westphal von Verpfändung fremder Güter § 11., Glück P. C. Bd. XIV. S. 28.

Andere dagegen beschränken selbst im letztern Fall die Convalescenz des Pfandrechts durch den spätern Eigenthumserwerb von Seite des Schuldners auf den Fall, wenn dieser bei der Pfandbestellung als Suspensivbedingung erwähnt worden war; vergl. über diese Controverse Meyer im civilist. Archiv Bd. IX. S. 246. und Müller ebend. S. 392. Allein s. dagegen l. 41. D. 13. 7. — l. 22. D. 20. 1. — l. 5. C. 8. 16., Heimbach im Rechtslex. Bd. VIII. S. 16., Sintenis Civilr. Bd. I. S. 610., welcher darauf vorzügliches Gewicht legt, daß die späteren Juristen, wie Paullus l. 41. D. 13. 7. u. Modestin. l. 22. D. 20. 1., die Convalescenz des Pfandrechts ganz allgemein annehmen, womit auch das Constitutionenrecht im Einklange steht; l. 5. C. 8. 16. In allen Fällen, wo die Verpfändung einer fremden Sache ein Pfandrecht nicht zu erzeugen vermag, äußert der Pfandvertrag wenigstens unter den Contrahenten die Wirkungen, welche überhaupt durch seine Vertragsnatur begründet werden. So kann dann bei dem Faustpfand der Pfandschuldner nach Abzahlung der Schuld mit der directen pignoratitia die Rückgabe der verpfändeten Sache verlangen, l. 9. § 4. l. 22. § 2. D. 13. 7. und dem Pfandgläubiger ist bei der Entwährung der Sache die conträre pignoratitia auf Ersatz u. s. w. gestattet; l. 16. § 1. D. ibid.

ab, unter Beifügung des Grundes: tunc enim, priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, *cum res in bonis debitoris inveniatur*: in proposito autem maritus emtoris loco est. Die einfachste Erklärung dieser Stelle gibt Glück P. C. Bd. XVIII. S. 201. dahin: das Pfandrecht des zweiten Gläubigers kann zwar gültig werden, wenn das Pfandrecht des ersten Gläubigers durch Zahlung getilgt ist. Dabei wird aber freilich vorausgesetzt, daß der Schuldner zu der Zeit, da das Pfandrecht des zweiten Gläubigers in seine Wirkung treten soll, noch Eigenthümer der verpfändeten Sache sey. Hatte also der Schuldner die Sache in der Zwischenzeit veräußert, ehe das Pfandrecht des ersten Gläubigers erloschen war, so kann nun das Pfandrecht des zweiten Gläubigers darum nicht convalesciren, weil jetzt die Sache schon wieder, was sie zur Zeit der Verpfändung war, eine fremde Sache geworden ist. Hätte indessen der neue Eigenthümer um die geschehene Verpfändung der Sache gewußt, so würde ihn wenigstens der dolus verantwortlich machen. Auf ähnliche Weise verordnet das churpfälzische Landrecht Th. II. Tit. 20. § 5.: „wenn Einer ein fremdes Gut verpfändet und nachher, da es sein eigen wird, wieder einem Andern verpfändet, so soll der Andere dem Ersten vorgehen."

Ein anderer Fall läßt sich denken, wenn nämlich der Verpfänder einer fremden Sache Erbe des Eigenthümers, oder der Eigenthümer Erbe des Verpfänders wird. Im ersten Fall kann nach den vorangeführten Gesetzen kein Zweifel gegen die Convalescenz des Unterpfands erwachsen; im zweiten Fall aber scheinen sich zwei Gesetzstellen, l. 22. D. 20. 1. und l. 41. D. 13. 7., völlig zu widersprechen, und die siebenfachen von Bolley zusammengestellten Versuche, sie zu vereinigen,*) sind wohl nach v. Vangerow's Bemerkungen s. Pand. Bd. I. § 372. not. d. als mißlungen anzusehen. Doch wird der Widerstreit höchst selten praktisches Interesse haben; denn mag man auch aus überwiegenden Gründen, s. Glück P. C. Bd. XIV. S. 38., Gmelin Ordn. der Gläubiger S. 199., Bolley von öffentlichen Unterpfändern § 56., Gesterding Pfandrecht § 26. no. 4. S. 175., annehmen, daß das ungültig bestellte Unterpfand nicht dadurch gültig werden könne, daß der wirkliche Eigenthümer Erbe des Verpfänders geworden ist, oder mit v. Vangerow l. c. nach der Rechtsanalogie doch dem Gläubiger act. utilem zugestehen (s. auch Müller im civilist. Archiv Bd. XI. S. 396. rc.),

*) Welchen noch beizufügen ist K. F. Westhoff in s. Abhandlungen no. III. (Jena 1830.) über die utilis pignoratitia actio des Gläubigers wegen Verpfändung fremder Sachen; Büchel civilrechtl. Erörterungen Bd. II. S. 15.



so bleibt ja überhaupt dem Erben keine andere Wahl, als entweder jenes Unterpfand zu ratihabiren, oder ein gleich gutes Unterpfand zu bestellen; s. Westphal l. c. § 115., Meyer im civilist. Archiv Bd. IX. S. 260., Glück l. c. S. 32.

Eine gültige Verpfändung von Sachen, welche zur Zeit dem Verpfänder nicht eigenthümlich gehören, tritt auch bei der Verpfändung alles gegenwärtigen und künftigen Vermögens ein. So verpfändet man auch bei Verpfändung eines beständiger Veränderung unterworfenen Waarenlagers gar vieles, was man noch nicht besitzt; l. 34. pr. D. 20. 1. Aber l. 15. § 1. D. 20. 1. macht dies unbedenklich; denn quando dicitur, *creditorem probare debere, quum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse*, ad eam conventionem pertinet, quae *specialiter* facta est, non ad illam, quae quotidie inseri solet cautionibus, ut, specialiter rebus hypothecae datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea acquisierit, perinde atque si specialiter hae res essent obligatae. Sind nun solche künftig zu erwerbende Vermögens-Gegenstände mehreren Gläubigern nach einander generell oder speciell verpfändet, so ist die Regel diese, daß sie zu gleichen Rechten concurriren. Doch gilt dies nur für Conventional- und solche stillschweigende Hypotheken, welche nicht Generalhypotheken sind; wenn dagegen gesetzliche Generalhypotheken zur Frage stehen, so geht eine solche an später erworbenen Sachen der gewöhnlichen, gleichviel ob früher oder später, aber vor dem Erwerb der Sache bestellten, Hypothek vor, und unter mehreren Hypotheken dieser Art, welche vor dem Erwerb der Sache bestellt wurden, entscheidet die Priorität der Zeit. Den inneren Rechtsgrund für diese Verschiedenheit bei den gesetzlichen Generalhypotheken findet Huschke in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 207. ꝛc. darin, daß die vertragsmäßigen Generalhypotheken den Charakter eines an einzelnen Sachen ertheilten wirklichen Pfandrechts haben, dagegen das gesetzliche Generalpfandrecht des fiscus, dem außer andern das der Pupillen gleich steht, die vermögensrechtliche Person, die universitas bonorum zum Gegenstand hat, und nichts anderes als ein zur Potenz des Pfandrechts verstärktes privilegium exigendi ist, also velut, quasi jus pignoris l. 1. 2. C. 8. 15. — l. 2. C. 7. 73. Die universitas bonorum in ihrer von der Person getragenen Einheit umfaßt nämlich eben so, wie die hereditas, die Entwickelung durch weitere Acquisitionen mit in sich. Der fiscus geht daher jedem Conventional-Pfandgläubiger in re postea quaesita vor, praevenit causam pignoris fiscus, l. 28. D. 49. 14., weil sein Quasipfandrecht die universitas

honorum, oder gleichsam die vermögensrechtliche Person und mithin auch die Erwerbsfähigkeit des Schuldners selbst ergreift, eben dadurch aber etwas, was eine Bedingung des Erwerbs der einzelnen Sache und folglich des Pfandrechts daran ausmacht. Es folgt hieraus auch weiter, daß, wenn ein solches gesetzliches Pfandrecht an der universitas honorum mehreren Gläubigern zusteht, unter ihnen an Allem, woraus die universitas besteht, eben so die Priorität der Zeit entscheidet, wie wenn mehreren hinter einander eine einzelne Sache verpfändet ist; l. 21. pr. D. 20. 4.

Zu b) Da muß er sich Kraft des Gesetzes gefallen lassen, als einwilligend angenommen zu werden; l. 2. C. 8. 16.

Zu c) Hierzu werden solche Handlungen erfordert, welche eine andere Auslegung nicht zulassen.*) Die Gesetze stellen folgende Beispiele auf:

a) wenn derjenige, dem die Sache gehört, nachdem vorher der Andere sie seinem Gläubiger verpfändet hat, sich bei diesem verbürgt; l. 5. § 2. D. 20. 2;

b) wenn er eine Urkunde, in welcher seine eigenthümliche Sache verpfändet wird, entweder selbst schreibt oder unterschreibt, l. 26. § 1. D. 20. 1., was jedoch mit Rücksicht auf andere Gesetzstellen, z. B. l. 39. D. 13. 7. u. l. 34. § 2. D. de legat. II. (31.) nicht schlechthin in allen Fällen der Mitwirkung des Dritten, sondern nur da anzunehmen seyn dürfte, wo die dadurch im Andern veranlaßte Täuschung diesen in positiven Verlust brächte; Bolley l. c. § 39.

Zu d) Nach l. 16. § 1. l. 21. pr. D. 20. 1. scheint es außer Zweifel, daß die nachfolgende Genehmigung auf den Zeitpunkt der geschehenen Verpfändung zurückgezogen werden müsse, versteht sich jedoch ohne Nachtheil der inzwischen Andern gültig constituirten Unterpfänder. Wenn nun aber Mehreren zu verschiedenen Zeiten solche ursprünglich ungültige Hypotheken bestellt worden sind, kann allerdings Zweifel darüber erhoben werden, welchen Einfluß die nachgefolgte Genehmigung auf den Rang dieser Gläubiger unter sich habe? — Man setze: die Genehmigung sey für die zu verschiedener Zeit constituirten Unterpfänder gleichzeitig geschehen, können dann dieselben nur gleiches Recht und gleichen Rang behaupten? Nach dem Princip der retroactiven Wirksamkeit müßte man vielmehr eine Rangordnung nach der Zeit der ursprünglichen Pfand-

*) Vergl. Bd. I. S. 313. ff. dieses Werks v. d. stillschweigenden Einwilligung.



bestellung statuiren, wie auch Bolley l. c. § 40. mit Anton Faber Error. Pragm. und Gmelin Comm. de jure pignoris et hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. § 46. mit der Bemerkung annimmt, daß Marcians Ausspruch in l. 16. § 1. D. 20. 1. zu bedeutungslos schiene, wenn man ihn nicht in diesem Sinn auffassen würde. — Wie aber, wenn die Ratihabition nicht gleichzeitig, sondern für den jüngeren Gläubiger früher, für den älteren später erfolgt wäre? Da müßte man wohl dem jüngeren den Vorzug zugestehen, da ihm sein erlangtes Recht durch eine spätere Handlung nicht mehr entzogen werden konnte; Bolley l. c.

Zu 4) Man stößt hier auf entgegengesetzte Meinungen. Mühlenbruch v. d. Cession S. 626. not. 194. und wohl auch Glück im P. C. Bd. XVI. S. 447., obwohl in minder bestimmtem Ausdruck, begreift in der Gewährsverbindlichkeit des Cedenten für die veritas nominis auch die Verität der accessorischen Rechte, und legt ihm daher auch dafür die Haftung auf, daß die verpfändete Sache keine res aliena sey. Die dafür angeführte l. 6. D. 18. 4. emtori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet, scheint indessen in Verbindung mit l. 23. pr. D. 18. 4. nichts weiter zu sagen, als was gewöhnlich im dare, praestare verstanden wird, man kann daher blos die Verbindlichkeit zur Uebertragung des accessorii mit dem principale als den Sinn dieser Stelle auffassen, ohne daß darin über die Evictionsleistung etwas besonderes hätte bestimmt werden wollen. Die entgegengesetzte Meinung: der Cedent müsse wohl dafür einstehen, daß ihm die Sache wirklich verpfändet sey, nicht aber dafür, was er muthmaßlich gar nicht wußte, daß sie dem Verpfänder auch wirklich gehöre, also nur für die factische Wirklichkeit, nicht für die rechtliche Gültigkeit der Verpfändung, welche ja der Cessionar selbst bei Eingehung des Cessionsgeschäfts untersuchen konnte, wenn auch der Cedent in gutem Glauben es nicht für nöthig gehalten hatte, findet ihre Stütze in l. 30. D. 20. 1. periculum pignorum nominis venditi ad emtorem pertinere, si tamen probetur, eas res obligatas fuisse, denn hier wird nur der Beweis des facti gefordert, rem pignori obligatam fuisse, desgleichen l. 10. D. 20. 5. verb.: is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest. Auch nach l. 12. § 1. D. 20. 5. hat derjenige, welcher das zur Befriedigung des Pfandgläubigers veräußerte Pfandobject gekauft hat, die Gewährsklage nicht gegen den Pfandgläubiger, sondern gegen den Besteller des Unterpfands. Auch scheint l. 74. § 3. D. 21. 2. dafür zu sprechen, daß der Cedent nicht hafte, wenn er nicht in dolo versirte. Diese Meinung vertheidigt West-

phal in der Abh. von Verpfändung fremder Güter § 9. und G. L. Böhmer in s. Rechtsfällen Bd. II. no. 162. S. 19.

Zu 5) Hierüber ist gewöhnlich in den neueren Hypothekengesetzen einzelner Länder Bestimmung getroffen. Gemeinrechtlich ist anzunehmen, daß der Richter für ungegründete Hypothekverschreibungen um deswillen, weil er durch seine Amtsbestellung die Verbindlichkeit übernommen hat, Schaden zu verhüten, einzustehen und den mittleren Grad des Fleißes zu prästiren habe; l. 5. § 4. D. 44. 7. — l. 6. D. 50. 13. — pr. J. 4. 5. — arg. l. 27. § 9. und 11. D. 9. 1. Dabei kann ihm aber zur Entlastung gereichen, wenn der Darleiher, welcher ihn angegangen hat, den ihm nun zum Schaden gereichenden Mangel eben so gut actenmäßig erkennen konnte; Bolley l. c. § 129. Immer kann sich die Haftungsverbindlichkeit des Richters nur darauf gründen, daß er einen solchen Mangel an den wesentlichen Erfordernissen nicht beachtet hat, welchen er vermöge seiner amtlichen Kenntnisse ersehen konnte, z. B. wenn er die erste Hypothek constituirte, während schon ältere auf der Sache hafteten, so kann er dafür nur dann verantwortlich seyn, wenn diese ihm amtlich bekannt geworden sind. Er haftet ferner für unterlassene gesetzliche Förmlichkeiten, z. B. bei Belehrung des weiblichen Geschlechts. Hat er außer dem Kreis seiner Competenz Hypothekbestätigungen vorgenommen, so ist gewiß der mittlere Grad des Fleißes nicht beobachtet, doch hält Bolley l. c. dafür, daß der Gläubiger, wenn er selbst das Verhältniß des Richters gegen die Person und die Sache des Schuldners aus dem Inhalt des Acts ersehen konnte, zu einer Regreßnahme nicht befugt sey.

Zu 6) Allerdings; s. l. 35. § 1. D. 39. 5. Lucius Titius fundum Meviae donavit, et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Sejo pignori obligavit, et intra dies triginta Meviam in vacuam possessionem ejusdem fundi induxit. Quaero, an donatio perfecta sit? Respondit: secundum ea, quae proponerentur, perfectam; verum creditorem firmam pignoris obligationem habere.

Zu 7) In diesem Fall erlangt der Käufer erst durch Zahlung das Eigenthum, kann also auch nicht unbedingt, sondern nur bedingt verpfänden, der Verkäufer aber behielt bis dahin das Eigenthum, mithin läßt sich auch die Gültigkeit seiner Verpfändungen nicht bezweifeln; Bolley l. c. § 51. Gmelins Meinung in Diss. de jure pignoris, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit § 31., daß, sobald die Zahlung des Kaufgelds erfolgt sey, mithin das Eigenthum für den Verkäufer verloren gehe, auch das von ihm bestellte Unterpfand erlösche, und dieses wie jenes durch den Eintritt der Resolutivbedingung

vernichtet werde, möchte wohl nicht zu billigen seyn, wenn man nämlich annehmen darf, daß das pact. reservat. dominii vielmehr den Eigenthumserwerb des Käufers suspendire; Gensler im civilist. Archiv Bd. II. no. 29., v. Hartitzsch Entscheidungen S. 135., s. oben Kap. II. § 7. Fr. 6.

Zu 8) Zufolge des Grundsatzes: daß jedes Object, welches dem Gläubiger Sicherheit gewährt, ohne Zuthun des Schuldners, durch die Sache selbst zu seiner Befriedigung zu gelangen, der Verpfändung fähig sey, s. Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd. IV. S. 10., und nicht eine über die Schuld errichtete Urkunde, sondern die Schuld selbst den Gegenstand der Verpfändung bilde, wird diese Frage bejaht in v. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen S. 177.

Zu 9) Das Princip der Untheilbarkeit*) hat zur rechtlichen Folge, daß der Pfandgläubiger sich nicht blos an den Antheil, welcher seinem Schuldner ausgeschieden wurde, zu halten braucht, sondern den Antheil eines jeden der nun getrennten Theilhaber bis auf die Hälfte des Werths in Anspruch nehmen kann; l. 3. § 2. D. 20. 4. — l. 7. § 4. D. 20. 6. — l. un. C. 8. 21. — l. 6. § 8. D. 10. 3. —

Zu 10) Mühlenbruch hat

zu a) die noch in der 2. Aufl. seiner Lehre v. d. Cession aufgestellte verneinende Meinung in der 3. Auflage S. 526. dahin reformirt, daß bei einem verpfändeten nomen dasselbe Recht gelten müsse, wie bei einer verpfändeten körperlichen Sache, daß nämlich dieselbe nach l. 40. pr. D. 20. 1. auch vor Eintritt der mora mit der hypotheka-

*) Dasselbe kommt nicht nur active den Erben des Gläubigers zu Statten, sondern wirkt auch passive gegen die Erben des Schuldners; l. 1. l. 2. C. 8. 32. — Voet Comm. ad Pand. L. 20. tit. 3. § 3., Carpzov Jurispr. for. P. II. c. 23. no. 31. Daher können einzelne Erben, ob sie gleich für die Erbschaftsschulden eigentlich nur pro rata hereditaria verbunden sind, doch mittelst der Pfandklage in solidum belangt werden; s. v. Ende jurist. Ausführungen no. VII. Zwar wird dies von Einigen widersprochen, wozu die Schlußworte der l. 1. C. communia de legat. 6. 43. Veranlassung gaben, s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 30. no. 41., Stryck de success. ab intestato Diss. VII. c. 4. § 26. Allein man kann dieser Stelle nicht einen dem allgemein ausgesprochenen Princip der Untheilbarkeit der Pfandklage widersprechenden Sinn unterlegen, und überdem ist dieser Vorzug der Pfandklage vor der act. personalis ex testamento auf das Bestimmteste anerkannt in l. 1. 2. C. 8. 32. Dasselbe kommt auch dem von mehreren Litisconsorten gewählten Anwalt rücksichtlich der demselben unter Verpfändung ihres Vermögens geleisteten Caution dahin zu Gute, daß er jeden Streitgenossen, welchen er will, auf das Ganze in Anspruch nehmen kann; l. 65. D. 21. 2., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. S. 73.

rischen Klage verfolgt werden könne, wenn Gefahr des Verlusts vorhanden ist. Unzweifelhaft bleibt jedenfalls die Anwendung provisorischer Sicherheitsmaßregeln.

Zu b) Hat der verpfändete und von der Verpfändung gehörig in Kenntniß gesetzte Schuldner Einem der Pfandnehmer vor einer Concurseröffnung oder vor einem Arrest oder Zahlungsverbot gezahlt, so behält dieser unstreitig das Gezahlte. Außerdem muß man, um diese Frage gehörig zu beantworten, auf die Beschaffenheit des Rechts, welches der Pfandnehmer gegen den ihm verpfändeten Schuldner erlangt, und auf die Natur der ihm dafür gegebenen Klage zurückgehen. Wäre das gegebene Recht ganz das eines Cessionars (was man aber doch nicht annehmen darf, so lange Verpfändung eines nomen und cessio nominis zweierlei Rechtsgeschäfte sind), so müßte natürlich die spätere Cession vor der frühern zurückweichen, weil der Verpfänder an einer Sache, an welcher er selbst kein Recht mehr hatte, auch keines weiter transferiren konnte. Dies ist wenigstens dann gewiß, wenn nicht etwa der spätere Pfandnehmer durch den Besitz der Instrumente auf das melior est ratio possidentis Anspruch machen kann. Ebenso müßte nach dem Vorrang des Alters entschieden werden, wenn man die actio utilis des Pfandnehmers gegen den ihm verpfändeten Schuldner als eine act. hypothecaria betrachten dürfte, was aber nach der von v. Vangerow (s. Pand. Bd. I. § 368. not. 1.) gegen Trotsche das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 75. gemachten unwiderleglichen Erinnerung nicht möglich ist; denn eine überwiesene obligatio kann nur eine actio in personam erzeugen. Dem debitor oppignoratus gegenüber stehen sich demnach beide Pfandnehmer völlig gleich, und ein Vorzug unter ihnen kann nur durch die Qualification des vom Pfandgeber ertheilten Pfandrechts begründet werden. Das qualificirte geht daher dem einfachen und unter mehreren einfachen Unterpfändern das ältere dem jüngern vor. Immer aber wird dabei mit Pfeiffer praktische Ausführungen Bd. VII. S. 1. rc. die Perfection des Pfandvertrags vorauszusetzen seyn, zu welcher hier die Certioration des verpfändeten Schuldners wesentlich erforderlich ist, durch welche zwischen ihm und dem Pfandgläubiger erst ein festes Rechtsverhältniß hergestellt werden kann.

Zu 11) Nach der Natur des Geschäfts und nach der praktischen Auffassung*) kann man wohl nichts Anderes annehmen, als daß die

*) Doctrinelle Untersuchungen dieser Materie s. Hepp im civilist. Archiv Bd. XIII. S. 343., Bd. XV. S. 79., v. Löhr das. Bd. XIV. S. 162., Büchel civilrechtl. Erörterungen no. 3., Sintenis Handbuch des gem. Pfandrechts S. 176., Fuhr und Hoffmann civilistische Versuche Heft 1.

Sache selbst, nämlich in der Eigenschaft eines Pfands, oder die Ausübung des Pfandrechts verpfändet sey, dergestalt, daß der Afterpfandgläubiger sich an das subpignus in so weit halten kann, als seine Forderung jener des creditor primus gleich steht; quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur; l. 13. § 2. D. 20. 1. Nach dieser Ansicht kann der Pfandschuldner dem creditor primus nur so lange gültig zahlen, als er nicht von der Afterverpfändung certiorirt ist, dann aber, wenn ihn der Afterpfandgläubiger von der auf ihn pfandweise übergegangenen Ausübung des Pfandrechts in Kenntniß gesetzt hat, nur an diesen. Durch die Afterverpfändung geht nun auf den creditor secundus die Ausübung aller pfandschaftlichen Rechte des creditor primus über, und dieses auch in so weit, als die Ausübung des Pfandrechts nothwendig eine Ausübung der Forderung in sich begreift, aber eine selbstständige Ausübung der Forderung ist in dem Vertrag, der blos auf das Pfand gerichtet ist, nicht enthalten; denn außerdem würde pignus nominis und pignus pignoris identisch werden; *) vergl. Puchta Lehrb. § 208. 2. Aufl.

---

§ 2. Entstehungsart, Umfang und Wirkungen des Pfandrechts.

Am Pfandrecht überhaupt ist sehr wesentlich seine Eigenschaft der Untheilbarkeit. Es folgt nämlich daraus: eine bloße Abschlagszahlung vermag das für die Schuld bestellte Pfandrecht nicht in seinem Bestand zu schwächen. Wenn der Gläubiger seinen Schuldner mit Andern zugleich beerbt, mithin sein Antheil an der Forderung durch Confusion erlischt, bleibt doch das Pfandrecht in seinem ursprünglichen Bestande auch für den bloßen Ueberrest unverändert; l. 1. C. 4. 16. Von mehreren Miterben eines Pfandschuldners kann zwar jeder nur pro rata hereditaria belangt werden; allein wenn er das für das Ganze bestellte Pfand besitzt, so muß er es

---

S. 72., Trotsche das Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers S. 75., Sintenis pfandrechtliche Streitfragen Abhandl. I., Mühlenbruch v. d. Cession S. 519., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 368. not. 2., Glück P. C. Bd. XIV. S. 59.

*) In diesem Sinn erscheint die so vielfach besprochene l. 13. § 2. D. 20. 1. gleichförmig mit Hepp im civilist. Archiv Bd. XV. S. 87. u. Hoffmann in den civilist. Versuchen Bd. I. S. 75. auch in der deutschen Uebersetzung des Corpus juris civ., nur daß eine Verdunkelung dadurch herbeigeführt ist, daß die Worte: cujus nomen pignori datum est, dahin übersetzt sind: „in dessen Namen das Pfand (ursprünglich) bestellt worden war.“



gleichwohl herausgeben, wofern er nicht die Hauptforderung in ihrem ganzen ursprünglichen Umfang bezahlt; l. 2. C. ibid. — l. 16. C. 8. 28. — l. 1. C. 8. 31. — Wenn mehrere Sachen für eine Forderung verpfändet sind, so wird keine derselben eher frei, als bis die Forderung vollständig getilgt ist; l. 19. D. 20. 1.

Die verschiedenen Eintheilungen des Pfandrechts

a) in Beziehung auf seinen Entstehungsgrund*) in necessarium, z. B. legale oder tacitum im römischen Sinn, und praetorium vel judiciale oder voluntarium und zwar entweder conventionale expressum oder tacitum (in Folge solcher Handlungen, welche keine andere Auslegung zulassen, s. z. B. l. 5. § 2. D. 20. 2. — l. 9. C. 8. 16.) und testamentarium;

b) rücksichtlich der Form seiner Errichtung in publicum und privatum;

c) nach seinem Inbegriff oder Umfang in generale und speciale,

können eben so wie der Unterschied zwischen Faustpfand und Hypothek und die Liste der gesetzlichen Pfandrechte als bekannt vorausgesetzt werden. Wir richten demnach unsere Aufmerksamkeit sogleich auf den Umfang und die Wirksamkeit des Pfandrechts, und hier kommt zunächst der Zeitpunkt des Anfangs in Betracht. Bei dem gesetzlichen Pfandrecht kann darüber keine Schwierigkeit entstehen; mit der Existenz des Rechts, mit welchem das Gesetz ein Pfandrecht verbindet, muß nothwendig auch dieses in Wirksamkeit treten.**) Bei dem Conventional-Pfandrecht ergibt sich, wenn es in einem Faustpfand besteht, der Anfang von selbst mit dem Moment der Tradition, so wie bei der Hypothek mit dem Moment der Constituirung, so ferne nämlich da die Forderung selbst schon existent ist, außerdem erst mit deren Entstehen; l. 1. l. 9. l. 11. l. 12. § 2.

---

*) Durch Ersitzung kann kein Pfandrecht entstehen, s. Thibaut über Besitz und Verjährung § 37., Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. § 247. — Von dem mit dem Pfandrecht nach l. un. C. 8. 27. verbundenen Retentionsrecht ob chirographariam pecuniam, s. d. allgem. Thl. Bd. I. Cap. II. § 4. Nr. 6. S. 114. ff.

**) Nur muß der Gegenstand schon als Pfand existiren, widrigenfalls erst mit diesem das Pfand beginnen kann, z. B. das des Verpachters an den Früchten erst wenn sie vom Boden getrennt, und das an den invectis und illatis erst wenn die Sachen in die Miethwohnung gebracht sind; l. 11. § 2. D. qui potiores (20. 4.)

D. 20. 4. — l. 4. D. 20. 3. — Glück P. C. Bd. XIX. S. 232. Nicht ganz zweifelfrei ist:

1) der Anfang des testamentarischen Unterpfands, und
2) die weitere Frage: ob der Erblasser auch Güter des Erben verpfänden könne, und von welcher Zeit an dieses Unterpfand in Kraft trete? Aber auch bei dem Conventionalpfandrecht ist es
3) eine schwierige Frage: nimmt das in rebus futuris versicherte Pfandrecht seinen Anfang von Zeit der Pfandversicherung, oder erst von Zeit der Erwerbung der Sache an? und zwar insbesondere
   a) wenn eine bestimmte einzelne Sache, oder
   b) wenn das Vermögen überhaupt, gegenwärtiges und zukünftiges, verpfändet wurde?
4) Von welcher Zeit an beginnt das für eine bedingte oder betagte oder für eine schlechthin künftige Forderung versicherte Unterpfand?

4[a]) Beginnt das für ein Darlehen constituirte Pfandrecht vom Tag der Schuld- und Pfandverschreibung, oder der Auszahlung des Darlehens?

4[b]) Von welchem Zeitpunkt beginnt das Unterpfand in dem Vermögen eines Verwalters fremder Güter wegen der von ihm, als solchem, bezogenen und nicht abgelieferten Einnahmen? — In Ansehung des objectiven Umfangs der Hypothek fragt sich besonders:

5) Erstreckt sich die Generalhypothek auf alle und jede beweglichen Vermögensgegenstände ohne Unterschied, und muß man bei der hypotheca omnium bonorum dann auch die Fortdauer des pfandschaftlichen Nexus an den einzelnen beweglichen Gegenständen auch nach eingetretenen Veräußerungen annehmen?

5[a]) Bekannt ist die Regel: res oppignorata non aliter transit quam cum onere, — welche übrigens nicht so viel sagen will, als müsse der Käufer einer verpfändeten Sache allemal die Bezahlung der darauf haftenden Schuld übernehmen; denn allerdings kann er sich von der Zahlung durch Abtretung der Sache an den Pfandgläubiger befreien, s. Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VII. S. 37., nicht immer aber bleibt das Pfandrecht auf einzelnen vom Schuldner veräußerten Vermögensstücken haften. Ausnahms-

fälle finden sich in den Gesetzen in Ansehung einer verpfändeten taberna und grex. Indessen fragt sich: ob bei Verpfändung einer jeden universitas rerum die hinweggekommenen Stücke von der pfandschaftlichen Haftung frei, die hinzugekommenen ihr allemal von selbst unterworfen werden?

6) Wenn ein Schuldner sich also verpflichtet: „zur Sicherheit meines Darleihers verpfände ich hiermit demselben alles, mein bewegliches und unbewegliches Vermögen," kann der Gläubiger dann auch die unkörperlichen Rechte, z. B. Forderungen, als mitverpfändet in Anspruch nehmen?

7) Involviren auch Versicherungen, daß das Vermögen für die Forderung haften solle, ein Unterpfandsrecht, wenn gleich ausdrücklich weder von einem Pfand, noch von einer Hypothek gesprochen ist?

8) Nach der gewöhnlichen Meinung ist im Unterpfand auch jeder Zuwachs desselben von Rechtswegen begriffen. Die Gesetze bestimmen dies von den Früchten, l. 29. § 1. D. 20. 1. — l. 3. C. 8. 15.*) vom partu ancillae und an-

---

*) Die Meinungen der neueren Rechtsgelehrten sind indeß von der früheren Lehre, daß die Früchte einer verpfändeten Sache, auch wenn dieses nicht ausdrücklich ausgemacht wurde, als stillschweigend mitverpfändet anzusehen seyen, abweichend; vergl. Huschke Studien Bd. I. S. 363., Thibaut Pand. Bd. II. § 792. Eine neuere Untersuchung von Warnkönig im civilist. Archiv Bd. XXII. S. 395., vergl. Heimbach Lehre v. d. Frucht S. 222. führt zu dem auch von Puchta in d. Pand. § 203. angenommenen Resultat, daß ein selbstständig geltend zu machendes Pfandrecht an Früchten nur dann entsteht, wenn die Früchte selbst durch ausdrücklichen Vertrag verpfändet worden sind, daß aber Früchte, welche nicht ausdrücklich verpfändet sind, officio judicis dem Pfandgläubiger zugesprochen werden können, und zwar theils von Zeit der erhobenen Pfandklage, theils wenn der Schuldner oder dessen Erbe früher gezogene Früchte noch besitzt, oder auch wenn ein dritter Nichteigenthümer die fructus extantes noch besitzt. Auch wenn die Früchte durch specielle Abrede verpfändet sind, wird dennoch verlangt, daß diese Früchte bei ihrer Perception in das Eigenthum des Verpfänders oder seiner Erben fallen. Die neueste uns bekannte Ausführung dieser Materie von Francke im civil. Archiv Bd. XXX. S. 194. führt zu folgendem Ergebniß:

1) Die Früchte des Pfandes gelten als durch stillschweigenden Vertrag mit verpfändet: eine ausdrückliche Verpfändung derselben ist nicht nöthig.

2) In beiden Fällen aber, die Früchte mögen stillschweigend oder durch ausdrücklichen Vertrag verpfändet seyn, entsteht das Pfandrecht erst an

dern Accessionen, l. 29. § 1. l. 26. § 2. D. 20. 2. — l. 1. C. 8. 25. — l. 18. § 1. u. 2. D. 13. 7. — l. 1. D. 43. 33., auch wenn sie erst im Gewahrsam eines zweiten Eigenthümers zur Existenz kommen; l. 1. § 2. D. 20. 1. Desgleichen von der Alluvion, l. 18. § 1. D. 13. 7.

Aber auch an den Früchten hat der Pfandberechtigte in der Regel kein anderes Recht, als an der verpfändeten Hauptsache, nämlich sie zur Sicherheit seiner Forderung zu behalten, daher er sie nur auf deren Rechnung beziehen kann; l. 1—3. l. ult. C. 4. 24. — l. 1. C. 8. 28. — und zwar zunächst auf Rechnung der Zinse, l. 2. C. 8. 25. Zweifelhaft ist hiernächst die Frage: ob der Inhaber eines fruchttragenden Unterpfands für sein ohne Zinsenstipulation gegebenes Vorlehen die Früchte nicht auf den Betrag der gesetzlichen Zinsen compensiren kann?*)

9) Haftet das Unterpfand nicht nur für das Capital, sondern auch für Kosten und Zinsen, Verwendungen und auch für

---

den getrennten Früchten, und nur dann werden die Früchte verpfändet, wenn sie bei ihrer Trennung in das Eigenthum des Verpfänders oder seines Erben fallen. Das Datum des Pfandrechts wird aber unter dieser Voraussetzung auf die Zeit des Vertrages zurückgezogen.

3) Außerdem können dem klagenden Pfandgläubiger Früchte officio judicis, bald subsidiarisch, bald ohne diese Beschränkung, zuerkannt werden, falls den Besitzer im einzelnen Falle eine besondere Restitutionspflicht in dieser Hinsicht trifft. Eine solche trifft aber

a) jeden Besitzer von Zeit der erhobenen Klage;

b) der Besitzer einer fremden Sache in bona oder in mala fide hat dem Pfandgläubiger dieselben Früchte herauszugeben, welche er dann restituirt, wenn er vom Eigenthümer der Sache mit der vindicatio belangt worden ist.

4) Das Interdictum Salvianum umfaßt nach seinem besondern und nach den Grundsätzen der restitutorischen Interdicte alle Früchte der Sache, welche der Beklagte besitzt, oder dolo fecit, quo minus possideret. Jedoch steht dieses Rechtsmittel blos dem Verpächter wegen der ihm verpfändeten invecta et illata zu.

*) Außer Zweifel ist, daß nicht auch dasjenige haftet, was für ein Pfand erst erworben und angeschafft wurde, oder der dafür erlangte Kaufpreis; Sintenis l. c. S. 636. not. 6. — auch nicht eine neue Sache, welche durch Umgestaltung aus der verpfändeten Sache entstanden ist, wofern nicht das Gegentheil ausdrücklich ausgemacht ist; l. 18. § 3. D. 13. 7.

Conventionalstrafen? Was ist bei einem Mehreren gleichzeitig constituirten Pfandrecht zu statuiren?

10) Wenn mit dem Verpfändungsvertrag ein ausdrücklicher antichretischer*) Vertrag verbunden worden ist, Kraft dessen dem Gläubiger der Bezug der Früchte statt der Zinsen überlassen worden ist, so fragt es sich, ob und in welchen Fällen der antichretische Pfandgläubiger Rechnung über die bezogenen Früchte abzulegen und sich den Ueberschuß über das gesetzliche Zinsenmaß am Capital kürzen zu lassen schuldig ist?

11) Von dem mit dem Pfandrecht verbundenen Retentionsrecht für andere mit einem Unterpfand nicht versehene Forderungen desselben Gläubigers ist bereits bei unserer allgemeinen Erörterung des Retentionsrechts in Bd. I. S. 114. Fr. 6. gehandelt worden. Es kam auch dort schon zur Sprache, daß manche Rechtslehrer, zu welchen auch Glück zu gehören scheint (siehe Pand. Comm. Bd. XV. S. 130.), nur dem Conventionalpfandrecht diese Wirkung zuschreiben, während gleichwohl die meisten Rechtslehrer, welchen außer den schon angeführten auch Schilling im Lehrb. f. Institt. § 215. not. 1., Sintenis Pfandrecht S. 243., Gesterding Pfandrecht S. 133., Fritz zu Wening-Ingenheim S. 491., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 382. beigezählt werden können, einen Unterschied in Beziehung auf den Ursprung des Pfandrechts nicht in der l. un. C. etiam ob chirograph. pecuniam pignus teneri posse (8. 27.) begründet finden; da aber andere Rechtslehrer diese Wirkung des Pfandrechts noch weiter, nämlich blos auf den Fall eines gegebenen Faustpfands beschränken, so ist auch diese Frage hier zu berühren; — desgleichen

12) ob das Retentionsrecht blos wegen Darlehensforderungen stattfinde?

13) Ob dasselbe für die andere Schuld nicht blos dann stattfinde, wenn diese später entstanden ist, oder auch wenn sie schon vor der Pfandschuld oder mit ihr gleichzeitig contrahirt worden ist? Ob auch im Concurs des Schuldners?

14) Man setze den Fall, daß mir ein Dritter A. für meine Forderung an B. zu meiner Sicherheit ein Unterpfand be-

---

*) Antichresis oder mutuus usus, Gegennutzung, s. Glück P. C. Bd. XIV. § 870.

stellt hat. Nun habe ich aber auch unversicherte Forderungen sowohl an A. als an B., kann ich dann auch für diese das Retentionsrecht ex lege un. C. 8. 27. geltend machen?

15) Kann der Pfandgläubiger dann, wenn das Conventionalpfand entweder durch Eviction oder durch Hauptmängel leidet, verlangen, daß ihm ein neues Unterpfand eingeräumt werde?

16) Wenn das Pfand zum Verkauf gekommen und der Gläubiger aus dem Erlös befriedigt worden ist, hinterher aber dem Käufer die Sache entwährt wird, haftet dann der Gläubiger als Empfänger des Erlöses, oder der Pfandschuldner wegen der Entwährung?

17) Hat der hypothekarische Gläubiger ein Recht auf die Assecuranzgelder, zu deren Belauf das ihm verpfändete Haus versichert worden ist?

Zu 1) Es leuchtet wohl von selbst ein, daß das testamentarische Unterpfand nicht gegen die Gläubiger des Erblassers, so lange sie nämlich auf Absonderung dringen können, sondern nur gegen die des Erben und gegen dritte Besitzer wirken könne, und in dieser Richtung wird es immer ein Absonderungsrecht hervorbringen, weil es schon vorher, ehe die Sache in die Hände ihres jetzigen Eigenthümers kam, gegründet war; s. Bolley von öffentlichen Unterpfändern § 121. Hat nun der Testirer eigene Sachen zum Unterpfand bestellt, so wird dieses mit dem Tod des Erblassers von Rechtswegen erworben, weil mit diesem Zeitpunkt sein Wille als endlicher erscheint; s. Sintenis l. c. Bd. I. S. 632., vorausgesetzt, daß die Schuld schon besteht, außerdem erst mit dem Entstehen der Schuld; s. Mackeldey Lehrb. des h. R. R. § 308. u. 309. Es ist auch

Zu 2) nicht zu bezweifeln, daß der Testirer auch an den Gütern seines Erben ein Unterpfand letztwillig constituiren könne; denn er kann ja auch Sachen des Erben einem Legatar zuwenden. Dasselbe kann aber seinen Anfang erst in dem Augenblicke nehmen, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat, s. Gesterding Lehre vom Pfandrecht § 14. Die abweichende Meinung Glück's im P. C. Bd. XVIII. S. 190., als könnte das Unterpfand erst dann anfangen, wenn es der Erbe dem Willen des Testirers gemäß bestellt habe, ist widerlegt in Roßhirt Lehre v. d. Vermächtnissen Thl. II. S. 209., Hepp Diss. qua inquiritur, ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat. Lips. 1825. pag. 117.

Zu 3) Man kann unter einer res futura zweierlei verstehen: eine erst zu erzeugende oder eine erst zu erwerbende Sache. In Ansehung der ersteren gilt der Grundsatz: wenn die erzeugende Sache zur Zeit der Pfandbestellung in bonis debitoris ist, so beginnt auch von da an das Pfandrecht an der aus ihr erzeugt werdenden Sache, l. 11. § 3. D. 20. 4., indem vermöge des Begriffs der fructus pendentes und der quae nondum sunt, futura tamen sunt der Keim zu ihrer Entwickelung vorhanden seyn muß, so tritt, sobald sie existent werden, das Pfandrecht auch rückwärts mit voller Kraft ein. — An einer erst zu erwerbenden Sache aber beginnt nach der herrschenden Lehre

zu a) das Pfandrecht erst mit dem Zeitpunkt der Erwerbung der Sache von Seite des Verpfänders;

zu b) bei einer allgemeinen Vermögensverpfändung geht die in Praxi — wie Hellfeld in Diss. de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis § 25., Opusc. no. 10. pag. 231., Thibaut in Braun's Dictaten § 661. und Schweppe im röm. Privatr. Bd. II. § 364. ausdrücklich anerkennt — recipirte Meinung der zu a) entwickelten Ansicht entgegen dahin, daß hier auf den Zeitpunkt der Erwerbung der Sachen nichts ankomme, sondern die Zeit der Pfandbestellung entscheide. Zwar wollen Einige diese Meinung nur für die gesetzlichen, nicht für die Conventionalhypotheken gelten lassen, s. Connani Comm. jur. civ. Lib. IV. c. 17., Faber Conjecturae jur. civ. Lib. II. c. 10., und mehrere der neueren Rechtsgelehrten treten ihr durchaus, mithin selbst ohne diesen Unterschied entgegen, indem sie annehmen, daß, wenn ein Schuldner mehreren Gläubigern nach einander eine Generalhypothek bestellt, der frühere dem späteren in Betreff nachher erst erworbener Sachen nicht vorgehe, sondern Beide sich gleich stehen, s. Gesterding vom Pfandrecht S. 248., welchem Glück im P. C. Bd. XVIII. S. 216. Bd. XIX. S. 232. gefolgt ist, Zimmern römisch-rechtliche Untersuchungen S. 298., Hepp im civilist. Archiv Bd. X. S. 295. und in Roßhirt's Zeitschr. Bd. I. S. 336. u. 352., Roßhirt das. Bd. I. S. 23., Sintenis Handb. des gem. Pfandrechts S. 386., Puchta Lehrb. § 192., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 369. not. 1., jedoch wird sie nicht nur von vielen älteren, sondern auch neueren Autoritäten unterstützt, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 164. (128.), Fritz Erläuterungen zu Wening-Ingenheim Bd. II. S. 414., Unterholzner jurist. Abhandl. Bd. I. S. 60., Ramm D. de concursu hypothecae generalis prioris et posterioris in rebus post utramque adquisitis. Giess. 1791. § 8., Mühlenbruch Lehrbuch der Pand. Bd. II. § 306. not. 12., Bolley von

öffentl. Unterpfändern § 47., Baumbach im civilist. Archiv Bd. IV. no. 7., Hennemann Versuch über die bevorzugte Hypothek des fiscus in den nach dem Contract erworbenen Gütern des Schuldners § 7., Meißner vom stillschweigenden Pfandrecht § 103. S. 263., Heimbach im Rechtslex. Bd. VIII. S. 18., Warnkönig im civilist. Archiv Bd. XXI. S. 178., Trotsche in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 98. Dieser vorbemerktermaßen in Praxi geltenden Meinung kommen diejenigen Gesetze zu Statten, welche nicht nur die später erworbene Sache in der früheren allgemeinen Vermögensverpfändung begriffen erkennen, s. l. 34. D. 20. 1., sondern auch den Gläubiger, welchem, bevor der Schuldner eine Sache durch Tradition in Eigenthum erworben hatte, ein Pfandrecht daran bestellt wurde, Demjenigen vorziehen, welchem der Erwerber erst nach der wirklichen Erwerbung dieselbe zum Unterpfand bestellte, l. 3. § 1. D. 20. 4. In so fern die Verpfändung einer res futura mit der Verpfändung einer res aliena auf Eins hinausläuft, da ja die res futura zur Zeit der Verpfändung auch immer noch res aliena ist, können auch diejenigen Gesetzstellen dafür angeführt werden, welche dem früheren Pfandgläubiger den Vorzug vor dem späteren daran zugestehen, l. 9. § 3. l. 14. D. 20. 4. Diese Meinung scheint zwar der Vorwurf einer Inconsequenz gegen die vorhin zu a) angenommene Entscheidung zu treffen. Es kommt hier aber besonders in Betracht, daß durch eine neuere Verordnung Justinian's in l. 9. C. 8. 17. gegen das frühere Recht der Generalhypothek ihre Wirksamkeit indistinkt auf das künftige, wie auf das gegenwärtige Vermögen eingeräumt wurde, wenn auch jenes nicht ausdrücklich obligirt ist.

Man hatte sich auf diese Weise über das größte Bedenken: ob an Sachen, welche man erst zu erwerben hofft, schon eine Verpfändung möglich, ob nicht blos ein Versprechen künftiger Verpfändung zulässig sey, hinweggesetzt; um so leichter konnte man das weitere Bedenken beseitigen, ob nicht eben so, wie bei Verpfändung einer einzelnen bestimmten Sache diese erst vom Zeitpunkt ihrer Erwerbung an von dem Pfandnexus afficirt werden kann, auch bei der Verpfändung alles gegenwärtigen und künftigen Vermögens, die Wirksamkeit an letzterem gleichfalls erst mit dem Moment der Erwerbung anfangen könne. Man fand nämlich, wie l. 1. u. 15. § 1. D. 20. 1. bestimmt andeutet, einen wichtigen Unterschied zwischen dem Fall der Verpfändung einer einzelnen res futura, und der einer Totalität oder der hypotheca omnium bonorum. Wurde nämlich diese als eine universitas rerum nach l. 208. D. de V. S. (vergl. Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. XVII. S. 374.) aufgefaßt, so konnte es nicht mehr auf den Zeitpunkt

der Erwerbung ihrer einzelnen Bestandtheile ankommen. Der Begriff von der Untheilbarkeit des Pfandrechts kam dieser Ansicht zu Statten, und man mußte sie wenigstens utilitatis causa geltend machen. Ohne Zweifel lag der l. 1. pr. und l. 15. § 1. D. 20. 1., obgleich den Römern unser heutiger Concursprozeß fremd war, doch ungefähr dasselbe Motiv zum Grunde, welches nach Hellfeld's Bemerkung die Gerichte veranlaßte, von dem Grundsatz, daß die Hypothek erst mit dem Moment der Erwerbung anfangen könne, sich bei einer Generalhypothek loszusagen. Er sagt nämlich in Opusc. no. 10. pag. 231.: in concursu creditorum judices haec principia raro sequi solent, quod sine dubio fit ad evitandam difficultatem et confusionem exinde oriundam, si tempora acquisitionum eruenda et separationes bonorum instituendae forent. Die Vorstellung von einem untheilbaren Vermögensganzen, ohne Rücksicht auf Zeitabschnitte, war aber auch im sensus communis tief gewurzelt. Wer sich für sein Darlehen hypothecam omnium bonorum geben ließ, nahm in den meisten Fällen nicht so viel Rücksicht auf das gegenwärtige Vermögen des Entnehmers, als auf seine Productivität und was er sonst zu hoffen hatte, und es war der Gesetzespolitik angemessen, einen solchen Credit zu unterstützen, ohne welchen nicht leicht ein Gewerbsanfänger hätte auf die Beine kommen können. Auch läßt die stete Fluctuation eines Vermögens nicht die Sonderung und Ausschließung einzelner Theile zu. Wenn mein Schuldner mit den mir verpfändeten Mitteln an Geld, Pretiosen und dergl. in der Folge ein Haus kaufte, und darauf einem späteren Darleiher eine Specialhypothek constituirte, sollte ich da um meine frühere Sicherheit verkürzt werden? Nein! nur dann wird mir jener spätere Gläubiger vorgezogen, wenn er sein Geld unmittelbar zur Bezahlung des Kaufschillings hergegeben hat, und die Bestellung des Unterpfands mit der Erwerbung des Hauses genau coincidirt, ubi *statim* convenit, l. 7. C. 8. 18. — Gmelin Ordn. der Gläubiger S. 49.; denn außerdem behauptet das Alter der Hypothek seinen Vorzug. Hiernach läßt es sich auch am natürlichsten erklären, daß man dem fiscus nach l. 28. D. 49. 14. durch ein besonderes Privilegium den Vorrang in den vom Schuldner nach dem mit dem fiscus eingegangenen Contract erworbenen Gütern zu verschaffen nöthig fand. „Si, qui mihi obligaverat, quae habet, habiturusque esset, cum fisco contraxerit: sciendum est, in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse: quod et constitutum est, praevenit enim causam pignoris fiscus." Glück im P. C. Bd. XIX. S. 241. erklärt diese Gesetzstelle dahin: die Begünstigung des fiscus sey blos dahin gegangen, den

andern Gläubiger, welcher auch auf die bona futura verhypothecirt war, von der gleichen Concurrenz auszuschließen; Ramm hingegen l. c. § 9., der fiscus sey gegen den dem älteren Gläubiger auch in später erworbenen Gütern des Schuldners zugestandenen Vorzug hier begünstigt worden. Glück nennt diese Voraussetzung willkührlich; könnte aber Ramm diesen Vorwurf nicht retorquiren?

Wohl scheint l. 7. § 1. D. 20. 4. sehr für die uns entgegengesetzte Meinung zu sprechen; „si tibi, quae habiturus sum, obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus acquisiero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in pignore." Es läßt sich aber nicht unwahrscheinlich annehmen, daß beide Verpfändungen gleichzeitig geschahen, an den Einen auf das künftige Vermögen überhaupt, an den Andern auf das praedium, welches der Entnehmer zu erwerben gedachte. Nun hat er es zwar allerdings mit seinen dem Generalhypothekanten bereits verpfändeten Geldmitteln erworben, dadurch konnte aber der gleichzeitig auf diese künftige Erwerbung radicirte Specialhypothekant nicht ausgeschlossen werden. Der im Gesetz beigefügte Entscheidungsgrund lautet nämlich dahin: non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pignoratis emta non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat.

Dagegen drückt sich l. 21. pr. D. 20. 4. sehr entscheidend für die in Praxi gewöhnlich angenommene Meinung aus: Titius Sejae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Sejae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seja praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, *item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisiit*, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda. — Glück l. c. Bd. XIX. S. 239. und mit ihm v. Vangerow l. c. § 369. not. 1. glaubt das entscheidende Gewicht dieser Gesetzstelle durch folgende Erklärung beseitigt zu haben: Seja habe ein ausdrückliches Unterpfand in bonis futuris debitoris gehabt und durch ihre Verwahrung gegen die Rechtsnachtheile einer Novation auch behalten; fiscus habe aber in bonis futuris gar kein Unterpfand gehabt, denn die hypotheca omnium bonorum habe sich vor Justinian's Verordnung in l. 9. C. 8. 17. nicht auf bona futura erstreckt, mithin sey, in

Beziehung auf diese, Seja in alleiniger Pfandberechtigung gestanden. Dennoch ist aber Glück's Entscheidung eine ganz andere, als die des Gesetzes, und Ramm l. c. entgegnet wohl nicht mit Unrecht: wenn Scaevola so hätte entscheiden wollen, so hätte er sich ganz anders, nämlich so wie Papinian in einem ähnlichen Fall (l. 2. D. 20. 4.) ausdrücken müssen: quod Seja in rebus postea adquisitis non tam potior quam solus creditor inveniatur; die Frage: quis praeferendus sit? setzt ja die Concurrenz zweier rechtlicher Ansprüche schon als feststehend voraus.

Zu 4) Bei bedingten Verbindlichkeiten tritt zwar nach l. 5. pr. D. 20. 1. die dafür ertheilte Verpfändung nicht eher in Wirklichkeit, als bis die Bedingung eingetreten ist; aber die allgemeine Regel der den Verträgen beigefügten Suspensivbedingungen,*) daß sie ad initium contractus zurückwirken, mithin das Geschäft so angesehen wird, als wäre es gleich anfänglich schon pure geschlossen worden, findet auch hier Anwendung, und eben so auch diejenige Ausnahme, welche in Ansehung solcher Potestativbedingungen stattfindet, bei welchen die Erfüllung von der Macht des Verpflichteten abhängt,**) oder quae invito debitore impleri non possit, l. 9. § 1. D. 20. 4., welche wohl nur uneigentlich Potestativbedingungen heißen. Ist aber das Rechtsgeschäft an eine eigentliche Bedingung geknüpft, dann ist das demselben anhangende Pfandrecht auch nicht erst vom Eintritt der Bedingung abhängig, sondern gleich ursprünglich gültig, l. 9. § 1. l. 11. § 1. D. 20. 4.***)

*) Von Resolutivbedingungen kann nämlich hier keine Rede seyn, weil von ihnen nicht die Entstehung eines Pfandrechts, sondern nur dessen Fortdauer abhängen kann.

**) Umgewandt, wenn die Erfüllung von der freien Gewalt des Berechtigten abhängt, oder ex honoratae personae voluntate, in welchem Sinne die Gesetze gewöhnlich von einer Potestativbedingung sprechen, s. l. un. § 7. C. 6. 51. findet allerdings auch retroactive Wirkung Statt; z. B. A. versprach dem B., wenn er nach Indien reisen würde, 1000 Thlr.; da tritt, wenn dieser die Reise wirklich macht, dieselbe Wirkung ein, als wenn A. ihm gleich Anfangs die 1000 Thlr. unbedingt versprochen hätte, und A. durfte in der Zwischenzeit sie auf keine Weise vereiteln, Gesterding Pfandrecht S. 9.

***) So wird auch bei dem für ein bedingtes Legat dem Vermächtnißnehmer vom Erben geleisteten Unterpfand dieses im Fall des Eintritts der Bedingung auf den Anfang der Bestellung zurückbezogen, l. 9. § 2. D. 20. 4. Die den Legataren in den ererbten Gütern des Onerirten ertheilte stillschweigende Hypothek, l. 1. C. 6. 43., nimmt ohne Unterschied zwischen puren und bedingten Legaten ihren Anfang mit der Zeit der Erbschaftsantretung; vergl. Mayer Tübinger Zeitschr. Bd. II. S. 78., Huschke in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 150.

Hat daher der Schuldner in der Zwischenzeit bis zur Erfüllung der Bedingung einem Andern pure ein Unterpfand bestellt, so erhält doch das für die bedingte Forderung bestellte Unterpfand den Vorzug. Dasselbe gilt von der Unterpfandsbestellung für eine betagte Forderung. Z. B. es miethet Jemand im März eine Badeanstalt für den nächsten Sommer, und verpfändet dem Vermiether eine Sache zu dessen Sicherheit für das künftige Miethgeld. Ehe aber die Badezeit eintritt, verpfändet er dieselbe Sache einem Andern für ein Darlehen. In diesem Falle könnte man etwa glauben, der Vermiether des Bades könne vor jenem keinen Vorzug im Unterpfand behaupten, weil im März der Miether noch gar kein Miethgeld schuldig geworden ist; demungeachtet aber schützt ihn l. 9. pr. D. 20. 4. gegen den andern Gläubiger unter Beifügung des Grundes: quoniam tamen jam tunc in ea causa pignus esse coepisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset. So fängt auch für die Zinsen eines Darlehens das Unterpfand nicht erst dann an, wenn die Zinsen fällig werden, sondern vom Augenblicke, da das Geld, für welches Zinsen versprochen sind, dargeliehen worden ist, l. 18. D. 20. 4. Eine Verbindlichkeit in diem hat, um perfect zu seyn, nicht erst den Eintritt des dies nöthig, mithin muß auch die Verbindlichkeit des Unterpfandes als eine schon gegenwärtige Verbindlichkeit behandelt werden, wie mit Recht gegen Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. § 312. not. 6. von Huschke in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 172. angenommen wird, indem er dabei zugleich folgendermaßen unterscheidet: Ist der dies incertus an et quando, so ist er wie eine Bedingung zu behandeln; außerdem aber ist das gewöhnliche Recht des dies anzuwenden, d. h. das Pfandrecht gilt sogleich, und nur die Geltendmachung durch Pfandklage und Verkauf ist hinausgeschoben; vergl. Sintenis Civilr. Bd. I. S. 631. Aus demselben Grunde, aus welchem die Haftung des Unterpfandes beim Eintritte einer wahren und eigentlichen Bedingung auf den Anfang des Geschäfts zurückbezogen werden muß, nämlich, weil beide Theile bereits gegenseitig gebunden waren, muß umgewandt in dem Falle, wo eine uneigentlich sogenannte Potestativbedingung beigefügt war, eine solche nämlich, deren Erfüllung oder Nichterfüllung von der Willkühr des Verpflichteten abhängig geblieben ist, oder wo der künftige Gläubiger nicht genöthigt werden kann, durch eine Leistung von seiner Seite Gläubiger zu werden, das Gegentheil statuirt werden. Nach denselben Grundsätzen muß auch die Verpfändung für eine schlechthin künftige Schuld beurtheilt werden. Zwar behauptet hier Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 1. § 20., Leyser Spec. 223. Med. 7. und Huschke in Linde's Zeitschr.

Bd. XX. S. 153. mit Beziehung auf l. 5. D. 20. 1., da könne das Unterpfand niemals vor Entstehung der Schuld anfangen; *) man muß aber vielmehr nach Gesterding Pfandrecht S. 26., Glück P. C. Bd. XIX. S. 327., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 372. not. 3. auch hier die verschiedenen Fälle unterscheiden; vergl. l. 1. pr. § 1. D. 20. 4. — l. 11. pr. § 1. eod. — l. 4. D. 20. 3.

a) wenn der künftige Gläubiger gebunden ist, durch eine Leistung von seiner Seite Gläubiger zu werden, so fängt das Pfandrecht stets von dem Augenblicke der Bestellung des Pfandes, und nicht erst von dem der geschehenen Leistung an.

b) eben so, wenn der künftige Gläubiger nicht gebunden ist, wohl aber der künftige Schuldner.

c) wenn aber weder Gläubiger noch Schuldner gebunden sind, so fängt das Pfandrecht allerdings erst mit dem Moment an, wo das Schuldverhältniß wirklich zur Existenz gekommen ist, s. v. Vangerow l. c.

Es war zuvor von der Verpfändung für eine bedingte Verbindlichkeit die Rede; ganz analog muß aber auch entschieden werden, wenn die Verpfändung selbst unter einer Bedingung oder in diem geschehen oder ein künftiges Unterpfand versichert worden ist. Si in diem (nämlich, daß sie von einem unbestimmten Tage anheben soll) de hypotheca convenit, dubium non est, quin potior sit, licet ante diem cum alio creditore pure de ea re convenit, l. 12. § 2. D. 20. 4. Auch bei dem für eine gegenwärtige Schuld bedingt versicherten Unterpfand wird die eingetretene Bedingung auf den Anfang zurückbezogen, so daß also, während sie schwebt, derselben nicht entgegengehandelt werden darf. Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione, et agatur ante conditionem hypothecaria (sc. actione), verum quidem

---

*) Was für ein unpraktisches Resultat hieraus erfolgen würde, zeigt Heise u. Cropp in den jurist. Abhandlungen Bd. II. S. 419. mit Folgendem: A. leistet Bürgschaft für ein vom B. beim C. erst noch aufzunehmendes Darlehen, und läßt sich vom B. ein Pfand dafür bestellen. Behauptet man nun, das Pfandrecht des A. könne erst dann anfangen, wenn B. die Schuld an C. wirklich contrahirt haben wird, und es tritt der Fall ein, daß B. inzwischen die dem A. schon verpfändete Sache hinterher auch an D. für eine gegenwärtige Schuld verpfändet, und nachmals erst contrahirt er die Schuld an B., welche A. verkürzt hat, so wäre A., wenn er sich an das ihm vom B. vorsorglich constituirte Unterpfand halten wollte, durch die Dazwischenkunft des D. an seinem Unterpfand offenbar verkürzt, wenn sein Pfandrecht nicht auf den Moment der Pfandbestellung, sondern erst auf die Zeit des vom B. bei C. wirklich contrahirten Darlehens datirt würde.



est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio judicis cautiones interponendae sunt, si conditio exstiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura est; Westphal Pfandr. § 269. not. 299.

Wird ein künftiges Unterpfand versprochen, so kann der Gegenstand nicht eher dem Pfandnexus unterworfen seyn, als bis das factum eintritt, an welches die Pfandversicherung geknüpft ist. Einen solchen Fall enthält l. 11. § 2. D. 20. 4. Si colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata pignori essent, et, antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit: quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est, quod posterius factum est.

Da die Pfandverbindlichkeit sich regelmäßig nach der Hauptverbindlichkeit richtet, so wird z. B., wenn das auf den Gütern einer Frau bestellte Unterpfand erst durch ihre nach 2 Jahren wiederholte Einwilligung gültig wird, auch das Pfandrecht erst von der Zeit der wiederholten Einwilligung, und nicht von der Zeit der ersten Bestellung anfangen, arg. l. 11. D. 20. 4. — l. 22. C. ad Sct. Vellej. (4. 29.), Gmelin l. c. S. 220.

Zu 4 a) Der contractus mutui wird als ein Realcontract erst durch die Numeration perfect, und so beginnt auch das Pfandrecht erst a die acceptae pecuniae; daher, wenn in der Zwischenzeit, zwischen der öfters im Voraus schon ertheilten Urkunde und der Auszahlung, der Schuldner anderswo auch Geld entnimmt und sogleich empfängt, das Letzterem ertheilte Pfandrecht jenem vorgeht. Zwar behauptet Pufendorf Obs. jur. univ. T. II. Obs. 168. das Gegentheil, weil bei uns schon das pactum de mutuo dando klagbar sey; allein bei einem Rechtsgeschäft, dessen Zustandebringung immer noch von dem Willen des Schuldners abhängt, welcher ja das Darlehen noch ausschlagen kann, ist jener Grund hinfällig, weil das Pfandrecht immer eine perfect gewordene Verbindlichkeit als conditio sine qua non voraussetzt. Die Gesetze haben sich auch darüber bestimmt der Natur eines Realcontracts gemäß ausgesprochen, l. 9. § 1. D. 20. 4. — l. 4. D. 20. 3. — l. 1. § 1. l. 11. pr. D. 20. 4. Diese auf unstreitiger Consequenz beruhenden Grundsätze des R. R. werden aber auf das demselben völlig unbekannte neuere Institut der öffentlichen Hypothekenbücher nicht für anwendbar erachtet, vielmehr wird eine für ein vereinbartes künftiges Darlehen bestellte Hypothek vom Tag der Eintragung an geltend erkannt,

s. Erk. des O. A. G. in Oldenburg in Seuffert's Archiv Bd. VI. S. 449. Aus dem Bisherigen geht

Zu 4 b) zur Genüge hervor, daß das Pfandrecht an dem Vermögen eines Verwalters fremder Güter nicht erst von Zeit des entstandenen Verwaltungsrestes, sondern von Zeit der übernommenen Verwaltung anfängt, gleichwie das Pfandrecht der Minderjährigen an dem Vermögen ihrer Eltern und Curatoren; arg. l. 8. § 6. § ult. C. 6. 60. — Gmelin l. c. S. 219., Bolley von öffentl. Unterpfändern S. 246.

Zu 5) Man hat in Frankreich 100 Jahre früher als in Deutschland eingesehen,*) daß die Gesetzgebung ganz unpraktisch verfährt, wenn sie, anstatt nur Privilegien an beweglichem Vermögen zu constituiren, Hypothekenrecht und Pfandrechte (außer dem eigentlichen Faustpfand) auf sie überträgt. Wo nun aber noch gemeines Recht gilt, müssen freilich der hypotheca mobilium dieselben rechtlichen Wirkungen zugeschrieben werden, welche vom Rechtsbegriff des Unterpfandes unzertrennlich sind. Nur wenige Ausnahmen finden sich in den römischen Gesetzen von dem Grundsatz, daß eine Generalhypothek alle bewegliche wie unbewegliche Vermögensgegenstände umfasse, indem man nämlich ex voluntate praesumta abstrahirte, es lasse sich in die generelle Vermögensverpfändung nicht hinein denken, daß der Gelehrte seine Bücher, der Soldat seine Waffen, der Handwerksmann sein Handwerkszeug, endlich irgend Jemand sein Bett und seine tägliche Kleidung, oder auch solche Gegenstände, zu denen eine singuläre vernünftige Affection von Seite des Schuldners anzunehmen ist, habe einbegreifen wollen, oder das Gesetz solche Sachen subintelligirt habe. Die l. 1. C. 8. 17. u. l. 6. D. 20. 1. gibt hier dem vernünftigen Ermessen des Richters ziemlich freien Spielraum. Besonders wurden — aus politischen Gründen — Vieh und Ackergeräthschaften des Landmanns in Schutz genommen; l. 7. u. 8. C. 8. 17. — Nov. 32. u. 34. — Kress D. de privilegiis agriculturae Sect. II. § 19. — Die größten Inconvenienzen entstehen bekanntlich durch die Anwendung der Regel: res non aliter transit quam cum onere suo auf die in einer allgemeinen Vermögensverpfändung mitbegriffenen Mobilien und Forderungen. v. Bülow hat in der Abhandlung über einzelne Materien des bürgerl. Rechts Bd. I. S. 1. allen Scharfsinn aufgewendet, um der Generalhypothek überhaupt eine solche, alle Dispositionsfähigkeit lähmende Wirkung abzusprechen, und wurde mühsam widerlegt in Kapff's merkw. Rechtssprüchen Bd. I. S. 428., s. auch v. Langenn

*) S. Hellfeld D. de hypotheca mobilium pag. 33. § 2. et aut. cit.

u. Kori Erörter. Bd. I. S. 84., Seuffert Erörter. Abthl. 7. S. 89. Andere bestritten wenigstens die Anwendbarkeit der Regel auf einzelne vom Vermögensganzen hinweggekommene bewegliche Stücke, s. Hommel Rhaps. Vol. II. Obs. 327. Bemerkt zu werden verdient, was Hagemann in den prakt. Erörter. Bd. VI. S. 388. hierüber sagt: Die Generalhypothek umfaßt wohl alles bewegliche Vermögen des Schuldners, folglich Activen, Geld ꝛc.; aber gegen einen Dritten kann der Grundsatz, daß die Veräußerung nur salvo jure pignoris geschehe, bei beweglichen Sachen nicht angewendet werden, da es des Generalhypothekanten eigene Schuld ist, daß er dem Schuldner freie Disposition ließ. — Indessen ist die herrschende Lehre für die Allgemeinheit der Regel. Hellfeld D. de hypotheca mobilium § 19. erzählt einen Fall, wo dem dritten Cessionar eines Schuldbriefs die Abtretung desselben an einen älteren Hypothekgläubiger aufgegeben wurde.

Zu 5 a) In Beziehung auf ein Waarenlager und eine Heerde haben die Gesetze diesen Grundsatz bestimmt ausgesprochen, l. 13. pr. l. 34. pr. D. 20. 1. — Zimmern in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 49. Wenn Einige das, was sie von der taberna sagen, nur vom Detailhandel gelten lassen wollen, wie Leyser Spec. 224. Med. 6. und v. Günderode in dessen Werken aus dem deutsch. Staats- u. Privatr. Bd. II. S. 197., so hatte Glück gewiß Recht, diese Meinung im P. C. Bd. XVIII. S. 228 zu verwerfen, da sie weder rationell noch praktisch ist. — Zweifelhafter ist die Frage, ob, wie Einige dafür halten, der bemerkte Grundsatz nur auf die in obigen Gesetzen bezeichneten Fälle anzuwenden sey, s. Gesterding Pfandrecht S. 66. u. 126., Thibaut System d. P. R. § 638. und die dort angeführten älteren Schriftsteller, oder ob er auch auf andere universitates rerum, z. B. ein Gutsinventar, eine Bibliothek ꝛc., Anwendung finde.

Fragt es sich davon: ob die hinzugekommenen Stücke von der Hypothek ergriffen werden, so findet sich in der Wahl des Collectiv-Namens die Absicht der Partheien ausgesprochen, daß nicht blos die gerade jetzt zu der universitas gehörigen Dinge, sondern auch diejenigen als verpfändet betrachtet werden sollen, welche nachher in dieselbe eintreten, Leyser Spec. 223. Med. 6., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1168., Glück P. C. Bd. XVIII. S. 230. Fragt es sich aber um den Austritt der hinweggekommenen Stücke aus dem Hypothekenverband, dann dürfe man, was von der grex und taberna gilt, nicht so weit ausdehnen, daß der Grundsatz: res oppignorata non aliter transit, quam cum onere suo verletzt würde, s. Glück l. c., vielmehr muß als Regel geläugnet werden, daß die aus der universitas

heraustretenden Sachen auch aus dem Pfandrecht heraustreten. Nur dann, wenn die Absicht der Partheien bestimmt darauf gerichtet ist, als Gegenstand des Pfandrechts die universitas als eine Einheit anzunehmen, darf mit dem Austritt aus derselben auch Aufhebung des Pfandnexus angenommen werden, v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 753. Daß die Bibliothek eines Literaten, die Gemäldesammlung eines Kunstfreundes nicht als eine universitas zu behandeln sey, ist einleuchtend, s. Warnkönig im civilist. Archiv Bd. XI. S. 183.

Zu 6) Wer sein gesammtes Vermögen, bewegliches und unbewegliches, verpfändet, muß wohl in der Gesammtheit auch seine ausstehenden Forderungen als inbegriffen gelten lassen, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. 1. no. 44. S. 265., indem anzunehmen ist, daß in der beigefügten Exemplification der Ausdruck „bewegliches Vermögen" im uneigentlichen Sinne gebraucht sey, in welchem es auch ausstehende Gelder in sich begreift, l. 75. § ult. D. de legat. I. (30.), und nach Analogie der l. 9. D. 33. 10. legata suppellectili, cum species ex abundanti per imperitiam enumerentur, *generali legato non derogatur.* Wer aber lediglich sein bewegliches und unbewegliches Vermögen verpfändet, von dem kann zufolge des eingeschränkten Begriffs beweglicher und unbeweglicher Sachen nicht wohl behauptet werden, daß er auch seine unkörperlichen Rechte mit verpfändet habe, Schmidt hinterlassene Abhandl. verschiedener prakt. Rechtsmaterien Bd. II. no. 49. S. 153., Glück P. C. Bd. XVIII. S. 219., Gesterding Pfandrecht § 11. S. 87. A. M. ist Thibaut im System d. P. R. § 784. (Ed. 8.), welcher annimmt, daß in der Verpfändungsformel „meine Mobilien und Immobilien" alle und jede Vermögensgegenstände verstanden werden müßten.

Zu 7) Der Verpfändungsconsens macht die Grundlage des Pfandrechts aus, daher ebensowohl hier auch die vitia consensus, e. g. error etc. in Betracht kommen, wie z. B. l. 1. § 1. D. 13. 7. lehrt, in dem Fall, wo Gold versprochen, aber Erz gegeben wurde, schade dies dem Pfandgläubiger nicht; aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint. Eben so muß auch jede Art, wie der Consens wirksam erklärt werden kann, bei einer Verpfändung gelten, also durch concludente Handlungen, wie durch Worte, und durch letztere auch dann, wenn nicht gerade das Wort „Unterpfand" ausgedrückt, aber doch der Sinn deutlich darin enthalten ist; cum sit justum voluntatis magis contrahentium quam verborum conceptionem inspicere, l. 9. C. 8. 17., unbeschadet indessen des solchenfalls dem Schuldner

obliegenden Beweises einer andern dem Ausdruck zum Grunde gelegenen Absicht. Ist freilich mit der Handlung leicht ein anderer Zweck zu verbinden, dann muß der angebliche Pfandberechtigte den Beweis der von ihm behaupteten Absicht führen; Weber Beiträge Abhandl. III. § 8. S. 116. So ist allerdings ein Unterschied zu machen, ob der Schuldner blos verspricht, dem Gläubiger den Besitz einer Sache, falls die Zahlung nicht erfolgen würde, einzuräumen, oder ob er diesem Versprechen ausdrücklich beifügt, daß er es zur Sicherheit desselben thun wolle. Im ersten Falle wird ihm nach Leyser Sp. 223. Med. 3. kein Pfandrecht, sondern nur Retentionsrecht, im zweiten Falle aber unbedenklich ein Pfandrecht zugeschrieben; Meißner stillschw. Pfandrecht S. 16., Glück P. C. Bd. XVIII. S. 306., Gesterding Pfandrecht § 13. no. 8. Z. B. wenn es in einer Ehestiftung heißt: „behält Fräulein Braut nach erfolgtem Todesfall des Herrn Bräutigams so lange den Besitz der Güter, bis sie wegen ihres eingebrachten Brautschatzes ꝛc. völlige Sicherheit und Genugthuung erlangt hat," so bewirken diese verba aequipollentia ein vollgültiges Pfandrecht; Erxleben D. de pignor. et hyp. § 46., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. no. 44. Wenn der Schuldner seinem Gläubiger zu seiner Sicherheit Urkunden, z. B. Kaufbriefe, Obligationen, übergibt, so wird dies als eine Verpfändung der darin enthaltenen Rechte angesehen. Cum constet, pignus consensu contrahi, non dubitamus, eum, qui emtiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse, l. 2. C. 8. 17. Die zur Sicherheit eingelegten Schuldscheine vertreten die Stelle eines Faustpfandes, l. 7. C. 4. 39. — l. 4. C. 8. 17. — Boehmer Cons. et Dec. T. III. p. 2. D. 14. no. 8., und berechtigen den Pfandgläubiger, daraus seine Befriedigung ungehindert anderer nicht älterer Hypothekargläubiger zu schöpfen; Mevii Dec. P. II. D. 287. P. V. D. 344. — l. 13. l. 35. § 1. D. 13. 7. — l. 10. l. 15. D. 20. 1. — Gesterding l. c. S. 92. Macht sich der Schuldner blos verbindlich, eine Sache vor Bezahlung der Schuld nicht zu veräußern, so ist die von Hert Diss. de pign. conv. tacito § 10. darauf gegründete Präsumtion einer Pfandversicherung wohl zu schwankend, s. Meißner vom stillschweig. Pfandr. § 11. S. 17. Eben dies dürfte von dem Falle gelten, wenn der Schuldner dem Gläubiger blos verspricht, ihm aus gewissen Gütern die Zahlung zu leisten, was gleichwohl von Mehreren als eine stillschweigende Verpfändung angenommen wird; Gesterding Pfandr. S. 92., Mevii Dec. P. VII. Dec. 49. Wohl aber kann es ohne Zweifel als stillschweigende Verpfändung gelten, wenn der Schuldner wegen einer noch nicht fälligen

Schuld dem Gläubiger das Recht einräumt, die Sache zu veräußern und sich aus dem Erlös bezahlt zu machen; denn dies ist ja eben der Inhalt des Pfandrechts, l. 3. § 2. D. 20. 4. — Hert l. c., Meißner l. c. S. 18., Gesterding l. c. S. 92.

Nach der in Weber's Versuchen l. c. und auch von Anderen, z. B. Dabelow vom Concurs S. 196., Malblanc ad Dig. P. II. § 572., Günther Princ. jur. Rom. T. II. § 670. und Gesterding Pfandrecht § 13. angenommenen, jedoch von Anderen, z. B. Glück P. C. Bd. XVIII. S. 306. not. 36. bestrittenen Auslegung der l. 5. C. 4. 65. wäre ein stillschweigender Verpfändungsvertrag zwischen Verpachter und Pachter bezüglich der künftigen illata und invecta schon aus der Uebereinkunft Beider, daß der Pachter gewisse Sachen auf das Gut zu inferiren habe, anzunehmen. — Erklärt der Verkäufer eines Hauses, er wolle sein Geld darauf stehen lassen, so folgt daraus ein vorbehaltenes Pfandrecht, Gesterding l. c. S. 92., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 212. Bei einer relocatio tacita werden die ursprünglich ertheilten Pfänder als fortdauernd angenommen, l. 13. § fin. D. loc. cond. (19. 2.)

Zu 8) Die l. 8. D. 20. 2. sagt hierüber: cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere. Wie vielen Rechtsgelehrten diese Stelle so anstößig gewesen ist, daß Manche sogar zu einer Emendation des Textes ihre Zuflucht nehmen zu müssen glaubten, ist in Glück's P. C. Bd. XIV. S. 50. zu sehen, wo der Verf. selbst in der Supposition, es seyen hier Verzugszinsen gemeint, einen verzweifelten Ausweg sucht. Allein Cujacius und viele andere Rechtsgelehrte haben darin nicht den mindesten Anstoß gefunden. „Berücksichtigt man" — sagt v. Vangerow in den Pand. Bd. I. § 384. not. 2. — „die unläugbare Ansicht des R. R., daß es eine Art von natürlicher Verbindlichkeit*) sey, Zinsen für ein dargeliehenes Capital zu zahlen, eine Ansicht, welche sich besonders in der Vorschrift ausspricht, daß, wer irrthümlich usuras indebitas zahlte, die condict. indeb. nicht anstellen könne, l. 26. pr. D. 12. 6., so kann man in der l. 8. D. 20. 2. keine eigentliche Singularität finden." Es ist daher auch die herrschende Lehre, daß, wer Geld,

*) S. auch Thibaut System d. P. R. § 799. und Braun Dictaten zu Thibaut § 653.: „die Römer halten es für unwürdig (turpe), dem Pfandgläubiger wegen genossener Früchte eine Rechnung zu machen, wenn das Geld ohne Zinsen genossen worden ist und die Früchte nicht mehr als das gewöhnliche Maaß der gesetzmäßigen Zinsen betragen."



ohne sich ausdrücklich Zinsen zu bedingen, auf eine fruchttragende Sache leiht, die Früchte statt der Zinsen empfängt, was man dann, obwohl uneigentlich, s. Glück P. C. Bd. XIV. S. 116. antichresis tacita nennt; tacite id agere videtur, ut fructus percipiam et usurarum vicem retineam, quod fiat tamen intra modum quasi tacito consensu, Cujac. Obs. Lib. 8. c. 17., Cocceji jus controv. Lib. 13. tit. 7. qu. 4., Westphal Pfandr. § 67., Mackeldey Lehrbuch § 315., Schilling Lehrb. f. Instit. § 215., v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. Bd. II. § 250. (356.), Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. § 321. Entgegen ist gleichwohl neuerlich Stephan im civil. Archiv Bd. XXX. S. 355. rc., indem er auszuführen sucht, daß nicht schon durch die bloße Hingabe einer fruchttragenden Sache zum Pfande eine antichresis tacita begründet werde, wenn nicht die Absicht aus andern concludenten Umständen erweislich sey.

Zu 9) Die Meinungen der Rechtslehrer gehen theils dahin, daß sich das Pfandrecht durchaus nicht weiter als auf die Hauptschuld beziehen lasse, wenn nicht ausdrücklich ausgemacht ist, daß es sich auch auf die Accessorien erstrecken solle, Erxleben Princ. de jure pign. § 13., Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 4. § 27., Malblanc Princ. jur. Rom. § 566. no. 3., theils dahin, daß es allerdings auch auf die Accessorien erstreckt werden müsse, wenn diese nicht ausdrücklich vom Pfandrecht ausgenommen sind; Bachov. de pign. Lib. III. c. 5. no. 5., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 13., Westphal Pfandr. § 10. Ein dritte und zwar in l. 18. D. 20. 4. — l. 13. D. 20. 1. — l. 8. § 5. l. 11. § 3. D. 13. 7. — l. 4. C. 4. 32. begründete, sowie dem präsumtiven Willen der Contrahenten am meisten entsprechende Meinung geht dahin: wenn das Pfandrecht simpliciter für die Forderung ertheilt ist, verb. „ich bekenne, von A. 1000 Thlr. erhalten zu haben, verspreche, sie jährlich mit 5 Proc. zu verzinsen und verpfände meinem Gläubiger zu seiner Sicherheit mein gesammtes Vermögen," so hafte das Unterpfand auch für alle Accessorien; wenn es aber heißt: „ich bekenne, von A. 1000 Thlr. geliehen erhalten zu haben, verspreche, sie mit 5 Proc. zu verzinsen, und setze zur Sicherheit für das Capital mein gesammtes Vermögen zum Unterpfand," dann kann die Verpfändung nicht über den wörtlichen Inhalt, also nicht auf Zinsen u. dergl. ausgedehnt werden, weil immer für die mindeste Belästigung zu interpretiren ist; Gesterding l. c. S. 36. Im ersten Fall hingegen erstreckt sich das Pfandrecht nicht nur auf bedungene, sondern auch auf Verzugszinsen, Conventionalstrafen und Kosten, sowie unstreitig auch auf nothwendige Verwen-

dungen*). Hierbei wird aber, was Conventionalpfänder betrifft, von welchen bis jetzt allein gesprochen wurde, vorausgesetzt, daß die Zinsen schon im ursprünglichen Schuld- und Unterpfandsvertrag bedungen waren; denn sind sie erst das Product einer späteren Uebereinkunft, so muß dafür eine ausdrückliche Verpfändung errichtet werden, welche dann auch erst von dieser Zeit an gilt; Gesterding l. c. S. 42. So verordnet auch l. 4. C. 4. 32., wenn im ursprünglichen Schuld- und Pfandvertrag geringere Zinsen bedungen waren, und diese später erhöhet wurden, so könne das Pfandrecht nicht auf diesen Mehrbetrag ausgedehnt werden. Nur ein Retentionsrecht kann dem Pfandgläubiger in solchen Fällen zustehen, weil es ihm ja für jede andere Forderung auch in den Gesetzen gegeben ist. Zwar sind einige Rechtslehrer der Meinung, die l. 11. § 3. D. 13. 7., sowie l. 4. u. l. 22. C. 4. 32. verbiete die Retention für Zinsen, wenn nicht auch für sie das Unterpfand bestellt ist, Cujac. Obs. Lib. 5. c. 28.; allein diesem wird entgegnet, daß die l. un. C. 8. 27., welche die Retention des Pfandes für jede andere Forderung desselben Pfandgläubigers gestattet, als das spätere Gesetz der l. 4. C. 4. 32. (welche übrigens nach Weber's Versuchen S. 156. und Glück's P. C. Bd. XV. S. 132. not. 73. und Bd. XVIII. S. 176. not. 10—12. auch eine andere Auslegung zuläßt), sowie der l. 11. § 3. D. 13. 7. derogire, die l. 22. C. 4. 32. aber blos dieses entscheide, daß wegen Zinsen die Zurückgabe des Pfandes nicht verweigert werden könne, wenn nur eine Conventionalstrafe, aber keine Verzinsung bedungen war, s. Schenk Retentionsrecht § 70., Gesterding Pfandrecht S. 49., Mackeldey Lehrb. des h. R. R. § 316. not. c., Weber l. c., Sintenis Pfandrecht § 48., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 382.

*) Sintenis Civilr. Bd. I. S. 634., Gesterding im Pfandrecht S. 43. und in der Ausbeute von Nachforschungen Thl. IV. Abthl. 1. S. 6., Schweppe röm. Privatr. Bd. II. § 330., Thibaut System § 794., Voet Comm. Lib. 13. tit. 7. § 10., Leyser Spec. 167. Med. 1., begreifen auch die nützlichen Verwendungen, wenn sie mäßig sind, im Pfandrecht des Gläubigers und haben allerdings die l. 25. D. 13. 7. und die indistincte Fassung der l. 8. § 5. D. 13. 7. für sich: sed ob cetera quoque, veluti usuras, et quae in id impensa sunt, versteht sich nach richterlicher Arbitrirung, ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur. Andere Rechtsgelehrte halten hingegen der nützlichen Verwendungen wegen nur eine persönliche Klage und das Retentionsrecht für zulässig, s. Weber Versuche über das Civilr. S. 186., welchem Glück im P. C. Bd. XIV. S. 66. u. v. Hartitzsch Entscheidungen no. 306. folgen, indem sie eine so weite Ausdehnung des stillschweigenden Consenses nicht für zulässig halten.

Die eben aufgestellten Grundsätze über Erstreckung des Pfandrechts auf die Accessorien der Hauptschuld finden auch auf das gesetzliche und testamentarische Unterpfand Anwendung. — Hinsichtlich des Umfangs des Pfandrechts kommt auch noch der Collisionsfall in Betrachtung, wenn eine Sache Mehreren gleichzeitig als Pfand bestellt worden ist, ohne daß dabei etwas besonderes verabredet wurde; Sintenis im Pfandrecht S. 445. und im prakt. Civilr. Bd. I. S. 634. unterscheidet hier:

a) ist die Sache Mehreren schlechthin, d. i. ohne nähere Bestimmung, wie sie haften soll, verpfändet, so haftet das Pfand Jedem nach Verhältniß der Größe seiner Forderung;

b) ist sie Mehreren in solidum d. i. in ihrem ganzen Umfang verpfändet, so hat Keiner ein besseres Recht, als der Andere, sondern zwischen ihnen selbst entscheidet der Besitz über die Ausübung der pfandschaftlichen Befugnisse. Zur Auflösung des Verhältnisses zwischen ihnen steht aber den Gläubigern die Theilungsklage zu, welche je nach Ausfall der Adjudication dem Nichtbesitzenden den Besitz des ganzen Pfandes gegen Auszahlung der Forderung des Andern, welche dann sammt dem Pfandrecht auf ihn übergeht, oder die Zahlung seiner eigenen Forderung verschafft.

Zu 10) Voraus muß bemerkt werden, daß das Zinsenverbot des canonischen Rechts nicht überhaupt den antichretischen Pfandvertrag ungültig machen kann; s. Boehmer J. E. P. Vol. V. Lib. 5. tit. 19. § 28., mithin nur die Beschränkung besteht, daß darunter kein Zinsenwucher versteckt seyn dürfe. In der Anwendung dieses Grundsatzes kommt man von selbst zu der Ueberzeugung, daß in den Fällen, wo dem Gläubiger bestimmte sich alljährlich gleich bleibende oder nach einem Durchschnitt zu berechnende Früchte*) statt der Zinsen angewiesen sind, Rechnung und Gegenrechnung wegen der Früchte und resp. Zinsen unerläßlich ist, indem diese bestimmten Quantitäten vom gesetzlichen Zinsenmaß regiert werden. Auf gleiche Weise verhält es sich, wenn dem Gläubiger usus aedium statt der Zinse überlassen wurde, und derselbe das Haus vermiethet, indem auch hier eine bestimmte Rente vorliegt. Nicht eben dasselbe gilt aber, wenn der Gläubiger das Haus zur eigenen Bewohnung benutzt; denn Hausmiethen sind ja keiner Taxe unterworfen, und in dieser Hinsicht sagt l. 14. C. 4. 32., wenn schon die Vermie-

---

*) Für fructus neglectos braucht jedoch der antichretische Pfandgläubiger nicht einzustehen; Thibaut System § 799., Engelbrecht D. de creditore antichretico ad fructus percipiendos non obligato. Lips. 1724.

thung auf einen höheren Betrag zu bringen gewesen wäre, so sey dies doch nicht als unerlaubter Wucher, sondern als eine wohlfeile Vermiethung anzusehen. Dem ist auch nicht, wie Glück l. c. Bd. XIV. § 870. glaubt, l. 11. § 1. D. 20. 1. entgegen.

Gewöhnlich wird aber im antichretischen Pfand dem Gläubiger eine Sache eingeräumt,*) welche natürliche Früchte trägt, deren Ertrag in guten und schlechten Jahren gar sehr verschieden seyn kann. Auch in diesem Fall halten zwar mehrere Rechtslehrer den Gläubiger zur Rechnungslegung für verbunden, damit ein durch die R. P. O. v. J. 1530. Art. 26. verbotenes Zinsenübermaß durchaus nicht entstehen könne; Happel die Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder S. 362., Mencken D. nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tolerandum. Lips. 1745. u. A. m. Andere betrachten, ohne Unterschied zwischen bestimmten und gewissen oder wandelbaren Erträgnissen die Zinse gegen die Früchte als absolut aufgehoben, und mithin den Gläubiger zu einer Rechnungsablage nicht verbunden, so lange der Schuldner nicht beweist, daß ein unerlaubter Zinswucher darunter verborgen sey; l. 26. § 1. l. 14. und 17. C. 4. 32., Heimbach im Rechtslex. Bd. VIII. S. 62., Glück P. E. Bd. XIV. S. 124., Thibaut System § 799. (Ed. 8.), Leyser Vol. III. Sp. 157. Med. 1., Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. I. Abth. II. no. 71., Eisenhart Opusc. no. 15., Walch Introduct. in controv. j. c. pag. 540. Die richtige Entscheidung liegt wohl in l. 17. C. 4. 32. Dort heißt es nämlich: wenn deine Mutter ihrem Gläubiger ihr Gut unter der Bedingung verpfändet hat, daß derselbe die Früchte anstatt der Zinsen ziehen solle, so kann, in Erwägung des ungewissen Ertrags an Früchten, das Verabredete unter dem Vorwande höherer gezogener Nutzungen nicht rückgängig gemacht werden. Bekanntlich gehen auch alle ordentlichen und außerordentlichen Lasten der Sache auf den Gläubiger über; s. Leyser Spec. 157. Med. 7—9., Thibaut l. c., Glück P. E. Bd. XIV. S. 125. no. 7. Diese lassen sich so wenig als die Zufälle, welche auf die Ertragbarkeit und die Fruchtpreise einwirken, voraussehen. Dies erkennt auch Glück l. c. S. 121. als die Meinung der meisten Rechtsgelehrten an, s. Albrecht Entscheidungen merkwürdiger Rechtsfälle Bd. I. S. 254., Struben rechtl. Bedenken Th. II. no. 69., Gebr. Overbeck Medit. Bd. II. no. 90., Westphal Pfandrecht § 65.,

*) Verliert der Pfandgläubiger diese Detention durch einen Zufall, so hat er eine besondere actio in factum auf deren Restitution; l. 11. § 1. D. 13. 7., Heimbach im Rechtslex. Bd. VIII. S. 62.

Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1201., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 384. no. 2. und die übrigen bei Glück l. c. angeführten Autoren. Nach Nov. 34. Auth. „ad haec“ ad l. 16. C. 4. 32. ist die Errichtung einer Antichrese mit Bauern in Ansehung des Ackerlandes und Feldgeräthes verboten. Ueber die Cautelen beim antichretischen Vertrag s. Hagemann's Landwirthschaftsr. § 372. S. 666.

Zu 11) Die Beschränkung auf Faustpfänder behaupten ohne besondere Ausführung Thibaut im System d. P. R. § 794. (Ed. 8.), Seuffert Lehrb. d. prakt. Pandectenr. § 210., Schweppe röm. Privatr. § 337., Mackeldey Lehrb. d. gem. Civilr. § 316. no. 2. und not. c., Mühlenbruch Lehrb. § 320., v. Quistorp rechtl. Bemerkungen Thl. II. no. 10. Mit Unrecht aber wird Glück P. C. Bd. XIV. S. 3. und 57. für diese Meinung angeführt, welche nur darauf fußt, daß sie das in der l. un. C. 8. 27. gebrauchte Wort pignus blos auf den Begriff von Faustpfand bezieht, wozu übrigens ein hinlänglicher Grund mangelt; während, wie Glück l. c. S. 1. bemerkt, in der Sprache der Gesetze das Wort pignus gar oft auch allgemein für Pfandrecht gebraucht ist. Wesentlich und nothwendig zum Gebrauch des Retentionsrechts ist zwar ohne Zweifel der Besitz, und dieser muß allerdings schon zu der Zeit, da die Pfandschuld bezahlt wurde, bestanden haben, gleichviel übrigens, ob er gleich Anfangs oder erst während der schwebenden Schuld entstanden ist. Der Besitz ist daher auch in der l. un. cit. als nothwendige Voraussetzung gedacht, aber deshalb muß ja die Sache nicht gerade ein Faustpfand seyn. So benennt z. B. l. 26. § 4. D. 12. 6. einen fundus als res retinenda. Deshalb wird diese Einschränkungswahl mit mehr Recht von Andern verworfen; s. Puchta Lehrb. § 186., Schenk vom Retentionsrecht § 71., Gesterding Pfandr. § 21., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 382. no. 2.

Zu 12) Diese Frage wird von den meisten Rechtslehrern verneint; denn in dem im Gesetz gebrauchten Wort pecunia kann ja nach l. 5. pr. l. 178. und l. 222. D. 50. 16. jede Forderung verstanden werden, und ein debitum chirographarium, von welchem das angeführte Gesetz spricht, braucht nicht gerade ein debitum mutuaticium zu seyn; Schenk l. c. § 71 b., Gesterding l. c. § 21., Schweppe röm. Privatr. § 337., Sintenis Pfandr. § 27., Mühlenbruch Lehrb. § 320., v. Hartitzsch Entsch. prakt. Rechtsfragen no. 304.

Zu 13) Donellus im Comm. Vol. 15. tr. de pign. et hypoth. Cap. 6. pag. 472. hält die erstere Voraussetzung für nothwendig. Denn, sagt er, wenn gleichzeitig creditirt und nur für die eine Schuld ein Unterpfand versichert wurde, so muß man annehmen, daß auch das

Pfand nicht weiter haften sollte, als bis diese Schuld bezahlt seyn wird. Das Gesetz macht aber diesen Unterschied nicht, daher auch Donell keine Anhänger für seine Meinung gefunden zu haben scheint, s. dagegen Schenk l. c. S. 262. lit. h., Sintenis Pfandrecht § 27. S. 244. not. 1., Lauterbach de retent. § 17. no. 3. Die Meinungen über das dem Gläubiger auch wegen anderer Forderungen zustehende Retentionsrecht sind übrigens gar sehr verschieden; Cocceji Jus contr. Lib. 20. tit. 1. qu. 17. will es demselben nicht zugestehen, wenn er für die pfandschaftliche Forderung bereits die Zahlung angenommen hat, wogegen Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VIII. no. 411. diesen Unterschied als in der l. un. C. cit. nicht gegründet verwerfen, was auch gegen v. Quistorp zu erwiedern ist, wenn er in seinen rechtl. Bemerkungen Th. II. no. 10. bedingt, daß der Gläubiger vermöge eines besondern mit dem Schuldner geschlossenen Vertrags sich noch im Besitz eines Pfandes, das durch die Bezahlung der Schuld, für welche es gegeben war, noch nicht erloschen gewesen ist, befinde, und daß auch die anderweiten Ansprüche des Gläubigers für liquid anzusehen seyen. Im Concurs des Schuldners ist das Retentionsrecht wegen einer nicht connexen chirographarischen Schuld ohne Wirkung; s. v. Hartitzsch Entscheid. no. 305., Kind Quaest. for. T. IV. cap. 35. pag. 214.

Zu 14) Daß ich dem A. wegen anderer Forderungen, die ich an B. habe, nach bezahlter Pfandschuld, sein Pfand nicht vorenthalten kann, leuchtet wohl von selbst ein; Glück P. C. Bd. XV. S. 131. Zweifelhafter ist es aber, ob mir dies nicht wegen meiner anderen an den A. selbst habenden Forderungen zugestanden werden müsse. Bejaht wird dies von Sintenis im Pfandr. S. 243. not. 2., Fritz Erläuterungen zu Wening-Ingenheim S. 494., dagegen verneint von Schenk l. c. S. 260., welchem auch v. Vangerow Pandecten Bd. I. § 382. not. 3. beitritt; von Ersterem, weil zwischen beiden Forderungen gar kein Zusammenhang besteht, von Letzterem, weil jura singularia nicht auszudehnen sind. Allerdings ist in dem unterstellten Fall dasjenige nicht vorhanden, was die l. un. cit. voraussetzt; nämlich, daß derjenige, welcher für eine eigene Schuld ein Unterpfand bestellt hat, daneben auch für eine andere Schuld ex obligatione personali demselben Gläubiger verhaftet sey.

Zu 15) Unstreitig ist der Pfandschuldner verbunden, dem Gläubiger, wenn er ihm eine fremde, oder eine schon verpfändete, oder mit Mängeln behaftete Sache zum Pfand bestellte, ohne daß von dem Allen der Gläubiger unterrichtet war, das id quod interest zu prästiren. Aber was unter diesem zu verstehen sey, darüber sind die Meinungen verschie-

den. Die Einen behaupten, der Gläubiger könne die Surrogirung eines tauglichen Unterpfands aus dem Vermögen des Schuldners verlangen; s. Thibaut System § 794., die Andern sagen: er könne nur Entschädigung fordern, weil die actio pignoratitia, welche ihm diesfalls in l. 9. pr. l. 16. § 1. l. 31. l. 32. l. 36. § 1. D. 13. 7. l. 54. D. 46. 1. gegeben ist, gleich anderen actionibus contrariis nur auf Entschädigung gehe; Gesterding Pfandrecht S. 171., Schilter Prax. jur. Rom. Ex. 25. § 15., Brunnemann ad l. 2. D. de pign. act. Der vorsichtige Gläubiger wird diese Streitfrage dadurch umgehen, daß er sein Klagbegehren alternativ dahin richtet, daß der Schuldner entweder die Schuld zurückzuzahlen oder ihm ein anderes hinlängliches Unterpfand einzuräumen schuldig sey. Das erstere zu fordern ist er unter diesen Umständen auch nach der Meinung der Dissentienten, s. Gesterding und Schilter l. c. dadurch nicht verhindert, daß die Schuld noch nicht fällig ist.

Zu 16) Der in l. 10. D. 20. 5. begründete Satz: „für die Entwährung haftet nicht der Pfandgläubiger, sondern der Pfandschuldner als Besteller des Unterpfands," ist neuerlich von Bachofen d. röm. Pfandr. Bd. I. S. 191. ꝛc. 560. ꝛc. 582. ꝛc. und nach ihm von Buchka Lehre v. d. Stellvertretung S. 50. bestritten worden; denn, sagt man, durch den Pfandvertrag werde das Verkaufsrecht selbstständig in der Person des Pfandgläubigers begründet, da folglich der Verkauf von ihm vermöge eigenen Rechts geschieht, könne er bei Vollziehung dieses Geschäfts nur in eigenem Namen handeln und bleibe der Verpfänder dem aus dem Verkaufe hervorgehenden obligatorischen Nexus eben so fremd, wie dem Verkaufsvertrage selbst. — Da aber wenigstens dies auch von den angeführten Schriftstellern nicht geläugnet werden kann, daß gegen den Verpfänder eine actio utilis gegeben wird, wenn und so weit er nach Eviction des Pfandes auf Kosten des Käufers als bereichert erscheint, l. 12. § 1. D. 20. 5. — so scheint der Streit, indem er sich mehr um den Grund, aus welchem der Verpfänder haftet, als um die Haftungsverbindlichkeit selbst dreht, für die Praxis um so weniger von Erheblichkeit, als h. z. T. der Pfandgläubiger gewöhnlich nicht selbst verkauft, sondern durch das Gericht verkaufen läßt, welchenfalls l. 74. § 1. D. 21. 2. unzweifelhaft zur Anwendung kommt. Die Regel, daß der Pfandgläubiger nicht einzustehen habe, leidet übrigens eine Ausnahme:

a) wenn er zur Zeit des Verkaufs von dem Recht des Dritten oder Entwährenden unterrichtet war, l. 2. C. 8. 46.;

b) wenn dem Käufer die Sache von Jemandem, welcher ein vor-

zügliches Pfandrecht daran hatte, vermöge dieses Vorrechts entwährt wird; denn dafür muß der verkaufende Pfandgläubiger allerdings aufkommen, daß an der verkauften Sache kein ihm vorgehendes Pfandrecht hafte, l. 1. C. 8. 46., sowie auch dafür,

c) daß er ein wirkliches Pfandrecht an der jure pignoris verkauften Sache hatte. Auch haftet der verkaufende Pfandgläubiger,

d) wenn er die Sache als seine eigene verkauft, nämlich wenn er nicht zu erkennen gegeben hat, daß er jure pignoris verkaufe; s. Westphal Pfandrecht § 214. not. 237., Gesterding Pfandr. S. 167., endlich

e) auch, wie sich von selbst versteht, wenn er die Gewähr ausdrücklich übernommen hat; l. 1. und 2. C. 8. 46. —

Zu 17) v. Madai führt die verneinende Entscheidung im civilist. Archiv Bd. XXVI. S. 201. mit folgenden Gründen aus. So wenig das Pfandrecht auf den Verkaufserlös eines verpfändeten Hauses übergeht, eben so wenig kann dies bei der Versicherungssumme der Fall seyn. Die nicht einmal bei den universitates juris überall stattfindende Regel: pretium succedit in locum rei ist auf einzelne Sachen gar nicht anwendbar, auch kann man die Feuerversicherungssumme nicht als eine Accession, wie eine jede mit dem Immobile verbundene Gerechtsame betrachten, und sie deshalb im Pfandrecht begriffen erklären; denn der Anspruch auf die Assecuranzsumme ist, als aus einem Contract entsprungen, blos in der Person des Versicherten begründet, er steht mit der Sache nicht in unmittelbarer Verbindung, wie wahre Accessionen, sondern nur in einer mittelbaren Beziehung durch die Person des Verpfänders, Forderungsrechte können aber nur durch Cession auf einen Andern übergehen. Auch eine stillschweigende Verpfändung der Assecuranzsumme dürfte nach v. Madai's Meinung der Verpfändung des Hauses nicht subintelligirt werden, weil der Schuldner durch die Versicherung nur sich prospicire und nicht das Interesse des Gläubigers im Auge habe. Gegen den letzten Satz möchte sich jedoch einwenden lassen, daß, wenn auch die muthmaßliche Absicht des Hauseigenthümers bei der Assecuranz seines Hauses nur auf sich und sein eigenes Interesse gerichtet seyn mag, doch, indem er sein Haus ausdrücklich mit dieser Qualification verpfändet, eine hypotheca tacita conventionalis gar wohl anzunehmen sey, und dies um so mehr, als v. Madai selbst einräumt, daß der Schuldner sich einer Unredlichkeit gegen seinen Gläubiger schuldig machen würde, wenn er die Versicherungssumme nicht zu ihrem Zweck anwenden wollte. — Immerhin ist es von großer Wichtigkeit, daß in der Brandversicherungsordnung selbst dahin fürgesorgt werde, daß jeder Hauseigenthümer, welcher

sein Haus verhypothekiren will, der Versicherungsanstalt beizutreten verbunden, und die Auszahlung dem Hypothekgläubiger diesfalls versichert wird, wie in der königl. bayerischen Brandversicherungsordnung vom 23. Februar 1811. verordnet ist.

---

§ 3. Nebenbestimmungen bei Pfandverträgen.

1) Kann der von Constantin dem Großen in l. 3. C. 8. 35. verbotene commissorische Vertrag nicht wenigstens dann mit rechtlicher Wirksamkeit einem Pfandvertrag beigefügt werden, wenn der Schuldner denselben eidlich bekräftigt?
2) Ist derselbe nicht wenigstens dann gültig, wenn er erst nach geschehener Verpfändung eingegangen worden ist? oder
3) wenigstens in dem Fall, wenn er zu Gunsten des Bürgen vom Schuldner errichtet wurde?
4) Kann man sich gegen das Verbot des commissorischen Vertrags mit Erfolg auf gewisse vorzüglich im germanischen Recht gewurzelte Handels-Usancen berufen, welche besonders beim Einsatz von Staatspapieren einen solchen Vertrag zulassen, vermöge dessen dieselben bei nicht rechtzeitiger Einlösung dem Pfandgläubiger anheimfallen?
5) Sind auch solche Conventionen im Verbot des commissorischen Vertrags begriffen, wodurch bedungen wird, daß die Sache dem Gläubiger eventuell um einen voraus bestimmten oder noch zu bestimmenden Preis überlassen seyn soll, oder daß der Gläubiger die Sache an Zahlungsstatt behalten solle, wenn die Zahlung in bestimmter Zeit nicht erfolge?
6) Welche Wirkung ist dem mit der Pfandbestellung verbundenen pacto de ingrediendo einzuräumen?

Ueber den antichretischen Pfandvertrag s. oben § 2. Nr. 10.

Zu 1) Die Entscheidung dieser Frage wird gewöhnlich aus c. 7. X. de pignor. (3. 21.) zunächst geschöpft, mit Rücksicht auf andere die Festhaltung eidlicher Verpflichtungen gebietende Vorschriften des canonischen Rechts, s. c. 2. de pact. in VIto (1. 18.) c. 28. X. de jurejur. (2. 24.) In c. 7. cit. wurde nämlich dem Pabst der Fall zur Entscheidung unterstellt, wo ein Schuldner Namens R., welcher den commissorischen Vertrag eingegangen hatte, zwar rechtzeitig die zur Lösung des Pfands nöthigen Gelder an den Gläubiger gesendet, dieser

aber sie in Folge begangener Untreue eines vom Schuldner für zuverlässig gehaltenen Dieners nicht bekommen hatte, und der Schuldner selbst dadurch, daß er kurz darauf in Gefangenschaft gerieth, unfähig wurde, weiter zu handeln. Hier erkennt der Pabst das Pfand nicht für verwirkt, und zwar aus zwei Gründen: cum igitur pactum legis commissoriae sit in pignoribus improbatum, et praedictus R. quantum in eo fuit, juramenti debitum adimpleverit. Aus dieser Entscheidung eines speciellen Falles ziehen die Rechtsgelehrten ein ganz verschiedenes Resultat für die Doctrin; Glück im P. C. Bd. XIV. S. 93. nimmt an: weil der Pabst aus zwei Gründen so entschieden habe, so müsse auch dann so entschieden werden, wenn nur der erste Grund, nämlich der der gesetzlichen Mißbilligung des commissorischen Vertrags, obwalte. Mit besserem Grund aber statuiren Andere, z. B. Warnkönig im civilist. Archiv Bd. XXV. S. 242. und Weber von den natürl. Verbindlichkeiten § 122. not. 3. S. 540., daß in dem c. 7. cit. die eidlich bestätigte lex commissoria keineswegs für nichtig erklärt sey. Offenbar sagt der Pabst nichts anders, als: im vorgelegten Fall steht dem R. weder das pactum commissorium entgegen, denn dieses ist ja gesetzlich ungültig, noch der Eid, denn er hat ja, so viel an ihm lag, das eidliche Versprechen erfüllt; ihm lag weder ein factum omissivum noch commissivum zur Last, nur Unfälle vereitelten die Wirksamkeit seiner Vertragserfüllung, darum heißt es in der Entscheidung: pacto tali vel juramento nequaquam obstante. — Die Lösung unserer Frage erfordert daher ein tieferes Eingehen in die Rechtsquellen, dessen sich neuerlich Warnkönig im civilist. Archiv Bd. XXIV. S. 312. ꝛc., Bd. XXV. S. 60. und 226. ꝛc. auf das verdienstlichste unterzogen hat, woraus wir Folgendes entnehmen:

Fast alle Canonisten des Mittelalters, welchen die Legisten folgten, haben, indem sie den commissorischen Vertrag als eine sündliche, wucherische Handlung betrachteten, angenommen: durch den hinzugefügten Eid könne derselbe zwar nicht gültig werden, aber der Schwörende müsse seinen Eid halten, so lange er dessen nicht entbunden werde, was jedoch der geistliche Richter vermöge, und wozu er kraft seines geistlichen Amtes zu wirken sogar verpflichtet war; denn der durch den commissorischen Vertrag dem Gläubiger erwachsene Vortheil war ja sündlich und er konnte daher nur durch Rückerstattung des Empfangenen, Absolution von dieser Sünde erlangen. Daher statuirt ganz consequent das c. 1. 20. X. de jurejur. (2. 24.), der geistliche Obere müsse den Gläubiger zur Erlassung des Eids durch die kirchlichen Zwangsmittel anhalten, und könne auch aus eigener Machtvollkommenheit die relaxatio jura-

menti aussprechen. Da nach der Reformation die geistlichen Obern nicht mehr vom Eid zu dispensiren hatten, so mußte von den Protestanten jenes System aufgegeben werden, es blieben nun nur zwei directe Gegensätze übrig, in welche sich die Meinungen sofort theilten, entweder der Eid sey ungültig oder er sey bindend.*)

Die größte Schwierigkeit liegt nun freilich in der Abweichung des canonischen vom römischen Recht. Letzteres, welchem wohl jede neuere Gesetzgebung beistimmen muß, s. auch preuß. allgem. Landrecht Thl. I. Tit. 5. § 199., löst die Frage einfach: generaliter, quoties pactum a jure remotum est, servari hoc non oportet, — nec jusjurandum de hoc adactum, ne quis agat, servandum; l. 7. § 16. D. 2. 14. Ubicunque non servari factum lege prohibente censuimus, certum est, nec stipulationem hujusmodi tenere — nec sacramentum admitti; l. 5. § 1. C. 1. 14. — Zwar behaupten mehrere Rechtslehrer, z. B. Weber v. d. nat. Verbindlichk. § 123., Malblanc de jurejur. § 14. 118. u. 124., Glück P. C. Bd. IV. § 341. no. 3. u. 6. Bd. VII. § 794., das canonische Recht sey in der Lehre vom Eid gar nicht anwendbar. Dagegen kommt aber in Erwägung, daß besonders durch den Reichsdeputations-Abschied v. J. 1600. § 33. die Grundsätze des canonischen Rechts über die aus promissorischen Eiden fließenden Verbindlichkeiten anerkannt sind; Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. III. S. 169., Walter Kirchenrecht S. 348., Warnkönig l. c. Nimmt man aber auch die canonischen Vorschriften über Festhaltung der Eide an, so

---

*) Für ungültig erklären ihn Malblanc de jurejur. § 118., Harprecht no. 224. u. 225., Boehmer J. E. P. Lib. II. tit. 24. § 25., Hahn ad Wesenbec. Lib. 20. tit. 1. no. 5. in f., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 13. tit. 7. § 9., Behmer jus novum controv. T. II. Obs. 137., Selchow Elem. jur. Germ. § 458., Sintenis Pfandrecht S. 256., Claproth Rechtswissenschaft von richtiger Eingehung der Verträge Th. II. § 212., Gebr. Overbeck Medit. Bd. V. no. 288., Danz Handb. des deutschen Privatr. Bd. II. S. 390., Glück P. C. Bd. XIV. S. 95.; — für bindend erachten ihn dagegen: Thibaut im System d. P. R. § 795. (Ed. 8.), Schweppe röm. Privatr. Bd. II. § 336., v. Wening-Ingenheim Lehrb. § 175. not. p., Fritz Erläuterungen dazu Bd. I. S. 478., Oesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd. I. S. 78., Schleiermacher D. de pacto commissorio in pignore § 20. Giess. 1702. Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 13. tit. 7. § 10., Brunnemann ad l. 3. C. de pact. pignor. no. 11.

Mehreres über die Wirksamkeit eidlicher Bestätigung positiv ungültiger Handlungen ist bereits im Bd. I. S. 35. Fr. 4., S. 128. Fr. 10. vorgetragen worden, was jedoch hier zu vervollständigen und mit Rücksicht auf neuere Forschungen zu berichtigen angemessen befunden wird.

kann doch im untergestellten Fall die Voraussetzung des canonischen Rechts, als sey der commissorische Vertrag ein sündliches Wuchergeschäft, eben so wenig als richtig und geltend angesehen werden, als daß es Sünde sey, von ausgeliehenem Geld Zinsen zu nehmen. Kaiser Constantin hat ja den commissorischen Vertrag nicht aus diesem Gesichtspunkt, sondern deswegen verboten, weil derselbe zu einer Bedrückung der Schuldner führt, welche dem gemeinen Wesen nachtheilig ist. Indessen bleibt er immer ein gesetzlich reprobirtes Geschäft. Hält man übrigens die canonischen Vorschriften bei uns für anwendbar, so ist dies nur in der Art möglich, daß man annimmt, daß die dem geistlichen Richter vordem zugestandene Befugniß, vom Eid zu absolviren, auf die weltlichen Gerichte übergegangen sey; Sauter jus eccles. § 844—847., Berlich Conclus. pract. P. II. c. 44., Boehmer Princ. jur. can. § 359., Schmalz Handb. d. Kirchenrechts § 259., v. Berg juristische Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. I. no. 28., wornach dann (wie Eichhorn in d. Grundſ. d. Kirchenr. Bd. II. S. 146. u. 537. unter Beziehung darauf, daß die Reichskammergerichts-Ordnung v. 1548. Tit. 24. schon in gewissen Fällen die relaxatio juramenti ad effectum agendi dem Kammergericht zugestanden habe, bemerkt) die Entbindung von einem solchen Eid mit der Entscheidung über die Hauptverbindlichkeit, — mag nun das Recht mit einer Klage oder Einrede geltend gemacht werden, in Eines zusammenfällt. Geht man nun, abgesehen von dem besondern Fall des commissorischen Vertrags, dessen eidlicher Bestärkung nach den bisherigen Erörterungen weder aus dem römischen noch canonischen Recht eine Wirksamkeit beigelegt werden kann, auf die rechtlichen Grundsätze über die Wirksamkeit eidlicher Bestärkung ungültiger Geschäfte überhaupt zurück, so dürfte der einzig sichere Standpunkt für die Beurtheilung der verschiedenen Fälle immer nur in dem Unterschied zwischen den beiden Arten natürlicher Verbindlichkeiten zu finden seyn, nämlich:

1) solcher, welche von den Gesetzen ausdrücklich reprobirt sind, und
2) solcher, welchen blos die volle bürgerliche Wirksamkeit, das Klagrecht, entzogen ist.

Die erste Rubrik begreift in sich:

a) diejenigen Handlungen, welche um deswillen allgemein verboten sind, weil die uneingeschränkte Freiheit, sie zu unternehmen, mit nachtheiligen Folgen verbunden seyn kann, welche utilitatis publicae causa verhütet werden müssen, daher das Verbot der Hazardspiele, des commissorischen Vertrags bei Verpfändungen,

des Verkaufs der Früchte auf dem Halm, des pacti de quota litis, der Schenkungen unter Ehegatten u. dergl.

b) Verbote, welche darauf beruhen, daß die gemeine Wohlfahrt es erfordert, gewisse Personen von diesen oder jenen Rechtsgeschäften gänzlich zu entfernen. Hierher gehören die Eheverbote, die gesetzlichen Dispositionen über ungültige Verlobungen, die Ungültigkeit der Verkäufe unbeweglicher Güter an Juden, Fremde oder ad manus mortuas, Cessionen von Schuldforderungen eines Juden an einen Christen, an Mächtigere und dergl.

In allen diesen Fällen kann der hinzugefügte Eid keine Wirkung haben.

Die zweite Rubrik umfaßt zweierlei verschiedenartige Fälle, nämlich:

a) solche, in welchen die Entziehung der vollen bürgerlichen Wirksamkeit auf allgemeinen und objectiven Gründen beruht, wohin außergerichtliche Schenkungen über eine gewisse Summe hinaus und, wenn nicht ein absolutes Verbot vorliegt, auch die Schenkungen unter Ehegatten zu rechnen wären.

Auch in diesen Fällen halten wir den Eid für unwirksam.*)

b) solche, wo der Grund blos in einem jus singulare liegt, indem die Gesetzgebung aus dem Grund der utilitas publica gewisse Klassen von Personen mit der Unverbindlichkeit ihrer Rechtsgeschäfte begünstiget hat. Hierher gehört die Unverbindlichkeit weiblicher Intercessionen und der Rechtsgeschäfte Minderjähriger und erklärter Verschwender, Schuldverpflichtungen der Haussöhne.

In diesen Fällen ist theils nach den Gesetzen, s. l. 1. C. si advers. vendit. (2. 28.) u. Auth. Sacramenta puberum, theils nach einem constanten Gerichtsbrauch die eidliche Bekräftigung allerdings bindend. Hier ist auch gar kein Grund denkbar, warum dem Eid seine Wirksamkeit entzogen werden sollte; denn hier ist die Wirkung des Eides ganz und gar subjectiv und individuell beschränkt auf die Person, welche das ihr dargebotene jus singulare von sich gewiesen hat, und das Gemeinwesen bleibt ganz unberührt; das Gesetz bleibt unerschüttert; denn das Rechtsgeschäft selbst bringt die Wirkung nicht hervor, sondern nur der Eid. Hier braucht also das Interesse, welches die bürgerliche Gesellschaft an der Heiligkeit der Eide nimmt, keiner andern Rücksicht zu weichen, besonders da hier der Bruch des Eides mit einer gewissenlosen Täuschung

---

*) Diese Fälle sind besonders bestritten. Vorzüglich halten hier den Eid für verbindend: Boehmer J. E. P. Lib. II. tit. 24. § 31 u. 32., Cocceji jus controv. tit. de donat. inter virum et uxorem Qu. 3.

des Andern begleitet wäre. In den Fällen, wo eine eidliche Bekräftigung oder Entsagung bindende Kraft hat, sind übrigens die Meinungen darüber verschieden, ob insbesondere bei Minderjährigen diese Kraft nur dem körperlichen Eid oder auch einer schriftlich abgelegten eidlichen Versicherung beizulegen sey. Auch der letzteren gesteht gleiche Wirkung zu Berger Oeconomia jur. Lib. III. tit. 15. no. 8., v. Bülow u. Hagemann praktische Erörterungen Bd. I. no. 33., Struben rechtl. Bedenken Thl. I. no. 24. § 2., Donell Comm. jur. civ. Lib. 21. c. 13., Hommel Rhaps. qu. for. Vol. 4. Obs. 598., Becmannorum Consilia P. I. pag. 445. A. M. ist v. Quistorp in den Beiträgen no. 24. S. 378., Emminghaus ad Coccejum Lib. 12. tit. 2. qu. 9. not. 2., Leyser Sp. 171. Corr. 2., Wernher Obs. for. T. III. P. I. Obs. 26. no. 15., weil die l. 1. C. si adv. vendit. die Worte enthält: si id etiam *jurejurando corporaliter praestito* servare confirmasti etc., allein diese Worte werden für interpolirt gehalten, weil in den Basiliken der Beisatz corporaliter nicht vorkommt, s. Malblanc de jurejurando § 82. not. 440. und stehen jedenfalls nur enunciative, nicht dispositive da, s. Glück im P. C. Bd. V. § 458. S. 558., Bd. XII. § 790. Ganz willkührlich wollen Andere gegen einen schriftlichen Eid Restitution zulassen; Hommel Rhaps. Vol. II. Obs. 274. — Nach Particularrechten, z. B. in Bayern, ist die Zulässigkeit der schriftlichen Eidesversicherung auf die höhern Stände durch das Privilegium der Siegelmäßigkeit beschränkt.

Zu 2) Es war früher die gemeine Meinung, welche die Glossatoren durch die Verbindung der l. 34. D. 13. 7. — l. 43. pr. D. 46. 3. und l. 1. und 2. C. 8. 35. zu begründen gesucht hatten, daß die lex commissoria ex intervallo contracta nicht ungültig sey. Cocceji controv. jur. Lib. 13. tit. 9. qu. 9. und auch noch Thibaut in den früheren Ausgaben seines Systems d. P. R. § 649. vertheidigte sie; allein die meisten neueren Rechtsgelehrten haben die Ueberzeugung gewonnen, daß ratio legis in diesem Fall nicht cessire, und jene Meinung, von welcher auch Thibaut selbst in der 7. und 8. Ausgabe seines Systems § 795. zurücktrat, s. auch Braun Erörterungen zu Thibaut § 649., kann nun als allgemein verworfen betrachtet werden, s. Warnkönig im civilist. Archiv Bd. XXIV. S. 312. rc., Bd. XXV. S. 60. rc., Westphal Pfandr. § 260. not. 292., Gesterding Pfandr. S. 207. § 29., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 227.

Zu 3) Scävola unterstellt in l. 81. pr. D. 18. 1. folgenden Fall: T. hatte für ein empfangenes verzinsliches Darlehen nicht nur

30*

Güter verpfändet, sondern auch einen Bürgen L. bestellt, welchem er versprach, ihn binnen 3 Jahren zu liberiren, widrigenfalls nach Ablauf dieser Frist, wenn L. der Bürgschaft wegen den Gläubiger bezahlen würde, die diesem verpfändeten Güter ihm, dem Bürgen, verkauft seyn sollten. Nun wird die Frage aufgeworfen: ob L., da er nicht liberirt worden, nach geleisteter Zahlung die Güter als ihm verkauft behalten dürfe? Die Entscheidung ging dahin: si non ut in causam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta est, et contractam esse obligationem. Man sollte wohl glauben, nach der ratio legis stünde das Verbot des commissorischen Vertrags auch hier dem Verfall der Unterpfänder entgegen, weil es gleich drückend für den Schuldner seyn wird, die Pfänder mögen nun dem Gläubiger oder dem Bürgen heimfallen, und eine solche Convention könnte ja auch leicht in fraudem legis ausgedacht werden. Die von Glück im P. C. Bd. XIV. S. 102. nach Best ratio emendandi leges cap. 21. § 7—12. pag. 306. unterstellte Auslegung, welche durch die Annahme, das pactum sey dahin gegangen, daß der Bürge alsdann für einen billigen Preis die Güter erhalten solle, aus der Verlegenheit helfen soll, indem alsdann ein pact. commiss. gar nicht vorläge, ist offenbar ganz willkührlich, und daher von Warnkönig l. c. mit Recht getadelt. Die Meinung Anderer, z. B. Weber,*) v. Gönner, Seuffert und Mühlenbruch, als sey die l. 81. cit. durch l. ult. C. 8. 35. gänzlich antiquirt, wird durch die Bemerkung widerlegt, daß die letztere von Constantin herrührende Verordnung schon vor den Pandecten existirt habe, und doch in letzteren der zur Schadloshaltung des Bürgen eingegangene Vertrag für gültig erklärt werde, s. Braun Erörterungen zu Thibaut S. 585. Die meisten Rechtsgelehrten sind indessen darüber einig, daß die l. 81. cit. nicht in Widerspruch mit dem Verbot der lex commissoria sey. Scävola behandelte nämlich den Fall offenbar gar nicht als eine quaestio juris, sondern schlechthin als qu. facti. Es kommt ihm blos darauf an, auf was für ein Geschäft die Absicht der Contrahenten gegangen sey. Es ist nämlich kein nothwendiger Grund vorhanden, hier ein commissum anzunehmen, als eventueller Kaufvertrag aber muß es gelten; l. 16. § ult. D. 20. 1. Dieser in Cocceji Oper. T. VII. ad Lib. 18. Dig. pag. 732. aufgestellten Ansicht stimmt auch Warnkönig in seiner oben allegirten gelehrten Abhandlung bei; s. auch Gesterding Pfandrecht § 29. S. 205., Thibaut System § 795.

*) S. dessen Versuche über das Civilrecht S. 363. rc. § 6. u. 7.

Zu 4) In Ansehung der Frage, ob Gesetzen durch Gewohnheiten derogirt werden könne, verweisen wir im Allgemeinen auf Bd. I. Kap. I. § 1. Fr. 22. S. 22. Unbeachtet kann wohl nicht bleiben, daß dem germanischen Pfandrecht*) der Verfall der Pfänder zur Verfallzeit der Schuld, welcher in Leihhäusern noch jetzt gebräuchlich ist, durchaus eigen war, und sich an vielen Orten noch lange nach Einführung des Römischen Rechts erhalten hat. Zugestehen muß man gleichwohl, wie Mittermaier im deutsch. Privatr. § 60. insbesondere bezüglich des commissorischen Vertrags bemerkt, daß ältere Gewohnheiten nach Einführung des R. R. um so weniger mehr berücksichtiget werden können, als in der R. P. O. v. 1577., wo der commissorische Vertrag den Juden verboten ist, dieses Verbot als ein solches bezeichnet wird, welches in den gemeinen Rechten gegründet sey; s. Danz zu Runde Thl. II. § 221. Doch wird man mit Warnkönig l. c. Bd. XXV. S. 112. allerdings sich gegen die allgemeine Verwerfung, welche Seuffert im civilist. Archiv Bd. XI. S. 362. gegen Usancen, welche dem Verbot der l. commissoria entgegenstehen, ausspricht, erklären müssen; denn da, wo den Städten oder auch Handelsgremien so viel Autonomie zustand, daß sie durch Statuten commissorische Verpfändungen für gültig erklären konnten, muß wohl den eingeführten Gewohnheiten die nämliche Wirksamkeit beigelegt werden; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an ipsis rebus et factis?

Zu 5) Gegen die Ansichten Webers in seinen Versuchen S. 365. ist, wie er selbst anerkennt, von den meisten Rechtsgelehrten angenommen, daß ein Vertrag: „es solle im Nichtzahlungsfall dem Gläubiger die Sache verkauft seyn,“ Gültigkeit habe, es mag nun die Preisbestimmung im Voraus geschehen oder bis dorthin ausgesetzt worden seyn; l. 16. § 9. D. 20. 1. — l. 34. D. 13. 7. — l. 13. C. 8. 14., so ferne dabei nicht in fraudem legis gehandelt wurde; Glück P. C. Bd. XIV. S. 96., Leyser Spec. 158. Corr. 1., Westphal Pfandr. § 194. not. 216a., Thibaut System § 795., Warnkönig l. c. Bd. XXIV. S. 382., Heimbach im Rechtslex. Bd. VIII. S. 60. Gleiches ist von dem Versprechen der datio in solutum pignoris, welche Leyser Spec. 158. Med. 4. auch im Verbot der lex commissoria begreift, alsdann anzunehmen, wenn die Sache dem Gläubiger bei Verfallzeit der Forderung nicht schlechterdings heimfallen,

*) Ayrer Differentiae jur. Rom. et Germ. circa pign. Goetting. 1742., v. Tröltsch Anmerkungen und Abhandl. Th. I. S. 138., Riccius D. num pact. commiss. in Germania invalid. Jen. 1743.



sondern für einen zu bestimmenden billigen Preis überlassen werden soll, wie l. 24. pr. D. 13. 7. die Sache gestaltet. Wird das pactum de retrovendendo in fraudem legis unternommen, wird nämlich, um das Gesetz zu umgehen, eine Sache, statt sie zu verpfänden, dem Gläubiger sub pacto de retrovendendo verkauft, so wird solches auch im Verbot der lex commissoria begriffen erachtet; Leyser Sp. 158. Med. 5. und 6., Gesterding Pfandrecht § 20. S. 206.

Zu 6) Das vertragsmäßige Recht, sich eintretenden Falles, ohne erst Recht zu nehmen, oder, wie es im R. D. A. v. 1600. § 32. heißt, ohne Recht in den Besitz des Pfands zu setzen, macht allerdings eine Ausnahme vom Verbot der Selbsthülfe, aber nur so lange, als der Andere sich nicht widersetzt; denn dann muß der Pfandberechtigte doch erst den Richter um den Besitz des Pfandes angehen; l. 3. C. 8. 14.

---

§ 4. Vom Verhältniß mehrerer verschiedenartiger Pfandgläubiger unter sich, besonders von den gesetzlichen Unterpfändern.

Eine Concurrenz und Collision mehrerer Pfandgläubiger in einem Gegenstand, sey dieser ein Vermögensganzes oder eine einzelne Sache, kann sowohl unter Conventional- als gesetzlichen, freiwilligen und nothwendigen Unterpfändern entstehen. Die bekannte Regel, daß bei übrigens gleichen Verhältnissen das Alter des Pfandrechts (nicht der Forderung) über den Vorgang entscheidet, prior tempore potior jure, reicht nicht aus, weil eben so viele Ungleichheiten durch die einzelnen gesetzlichen und Conventional-Hypotheken verliehenen besonderen Privilegien geschaffen worden sind, daher jene Regel eine untergeordnete und das Verhältniß viel schwieriger geworden ist. Eine Zusammenstellung derselben kann hier als eine aus den Lehrbüchern bekannte Sache umgangen werden, und da ihre Rangordnung fast überall durch die Concurs- und Prioritäts-Ordnungen der einzelnen deutschen Länder geregelt ist, so dürfen wir uns hier auf folgende gemeinrechtliche Streitfragen beschränken:

1) In Ansehung des Zusammentreffens mehrerer Pfandrechte, deren eines vom früheren Eigenthümer, das andere von dessen Nachfolger bestellt worden ist.

Hier ist es zwar unbestritten, daß im Fall einer Universalsuccession die Gläubiger des Erblassers sich rücksichtlich ihrer Pfandrechte am Vermögen des Erblassers gegen jedes Zusammentreffen mit den Gläubigern des Erben durch das

ihnen nach l. 1. § 1. u. 13. D. 42. 6. fünf Jahre lang, von Zeit der Erbschaftsantretung an gerechnet, zustehende Separationsrecht schützen können, welches, wenn nicht schon eine unauflöslich gewordene Confusion inzwischen eingetreten ist, s. l. 1. § 12. D. 42. 6. von allen Erbschaftsgläubigern, sowohl hypothekarischen als chirographarischen, ohne Unterschied zwischen unbedingten oder bedingten Forderungen, s. l. 4. pr. D. 42. 6., gegen den Erben, und selbst von denen, welche zugleich Miterben sind, gegen den Miterben, l. 6. C. 4. 16. — l. 7. C. 7. 72. endlich auch von den Legatarien, l. 6. pr. D. 42. 6., geltend gemacht werden kann, so lange sie sich mit dem Erben noch nicht eingelassen haben, l. 1. § 10. 11. 15. D. 42. 6. — l. 2. C. 7. 72. (was jedoch nicht von der Einklagung der Forderung gegen denselben gesagt werden kann, l. 7. D. 42. 6.) oder nicht der Erbe die Erbschaft in gutem Glauben verkauft hat; l. 2. D. eod. — Schweppe röm. Privatr. Th. V. § 849. Im Fall einer Singularsuccession aber ist es eine zweifelhafte Frage, ob der Pfandgläubiger ein Separationsrecht auf den Gegenstand seines Pfandrechts behaupten könne, um nicht mit privilegirten Pfandgläubigern des Nachfolgers in eine ihm ungünstige Collision zu gerathen?

2) Allgemein in Praxi angenommen ist das von Wächter im civilist. Archiv Bd. XIV. S. 386. gleichwohl noch in Zweifel gezogene Privilegium fisci in Ansehung der öffentlichen Abgaben, l. 1. C. 4. 1., indessen kann noch in Frage gestellt werden, ob fiscus auch für Forderungen aus einem Contract nicht blos das ihm zustehende einfache gesetzliche Pfandrecht, l. 2. C. 8. 15., sondern auch mit Bezug auf l. 28. D. de jure fisci (49. 14.) ein Privilegium rechtlich geltend machen könne?

3) Kommt das Privilegium fisci wegen der öffentlichen Abgaben auch städtischen Aeraren zu, und haben diese auch wegen Forderungen ex contractu ein gesetzliches Pfandrecht, besonders im Vermögen ihrer Verwalter?

4) Es ist ungeachtet des schon unter den Glossatoren, s. Haenel dissensiones dominorum pag. 3., bestandenen Streits, und späterer Dissentienten, z. B. Westphal Pfandrecht § 164. not. 182., Donell de pignor. c. 14. nun allgemein angenommen, daß die gesetzliche generelle Hypothek

der Ehefrau für ihr Heirathsgut nicht nur allen anderen gesetzlichen, sondern auch den Conventionalhypotheken, ohne Rücksicht auf das Alter, desgleichen nach Nov. 97. c. 3. auch den späteren privilegirten Pfandgläubigern vorgehe, s. Glück P. C. Bd. XIX. S. 271., Meißner die Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht § 172., aber zweifelhaft ist es noch, ob die Ehefrau mit ihrem Heirathsgut blos älteren einfachen oder älteren privilegirten Pfandgläubigern vorgehe? ferner

5) ob das Privilegium des Heirathsguts sammt dem darunter zu begreifenden instructus muliebris (s. Dabelow v. Concurs S. 618. u. die von uns im Bd. I. Kap. III. § 5. Fr. 4a) S. 557. angeführten Autoren), dessen Pfandrecht bekanntlich mit dem Vollzug der Ehe, zu deren Zwecken es versprochen war, oder wenn es erst nach Schließung der Ehe constituirt wurde, vom Zeitpunkt der Constituirung an, sowie für das augmentum dotis von dessen Versprechen oder Einbringen an beginnt, l. 1. pr. D. 20. 4. — l. 19. C. 5. 3., nach Ableben der Ehefrau ihren Kindern (denn auf den Vater oder andere Erben, oder auf Gläubiger der Frau geht es ohnedies nicht über, l. 12. § 1. C. 8. 18. — § 29. J. 4. 6. — Nov. 91.) und Kindeskindern überhaupt oder nur der Stiefmutter gegenüber zustehe?

6) Ob das Dotalprivilegium auch jüdischen Ehefrauen zu Statten komme?

7) Ob der putativen Ehefrau und auch der Braut, welche in der gewissen, aber gleichwohl vereitelten Erwartung der versprochenen Ehe das Heirathsgut vorläufig schon inferirt hat?

8) Bekanntlich steht der Ehefrau wegen ihres Paraphernalvermögens, sowie wegen der donatio propter nuptias, in so fern sie sich nicht ein ausdrückliches Pfandrecht hat constituiren lassen, nur ein einfaches gesetzliches Unterpfand von Zeit ihres Einbringens, oder ex tempore, quo vir res alienavit aut pecuniam consumsit, vel ab uxoris debitoribus accepit, l. 11. C. 5. 14. — Huber Prael. ad Pand. Lib. 20. tit. 11. § 2. zu; doch wird gefragt, ob dasselbe für alle beweglichen und unbeweglichen fungiblen und nicht fungiblen Sachen gelte, oder blos auf die vom Ehemann eingezogenen Activen zu restringiren sey?

9) Steht auch dem Ehemann wegen des Gegenvermächtnisses ein stillschweigendes Unterpfand am Vermögen der Frau zu?
10) Auf welchen Voraussetzungen und Erfordernissen beruht das privilegirte Unterpfand eines Darlehens zur Wiederherstellung eines Gebäudes?
11) Wenn Mehrere zu verschiedenen Zeiträumen zur Erhaltung einer Sache creditirt haben, in welcher Rangordnung stehen diese dann gegenseitig?
12) Wie wird es mit der Rangordnung gehalten, wenn gesetzliche oder prätorische, öffentliche und Privatunterpfänder concurriren, und hat der Unterschied zwischen öffentlichen und Privatunterpfändern rücksichtlich ihres Ranges auch auf den Rang der privilegirten Pfandrechte Einfluß?
13) Wie ist es zu halten, wenn mehrere gleichzeitige Pfandrechte, oder solche, deren Entstehungszeit nicht constirt, zusammentreffen? desgleichen
14) bei der Concurrenz mehrerer prätorischer und judicieller Unterpfänder?
15) Findet die dem Vermiether auf den eingebrachten Sachen des Miethers auch wegen Beschädigungen des gemietheten Gegenstandes, f. 1. 2. D. 20. 2., zustehende stillschweigende Hypothek auch auf einen unentgeltlichen Bewohner des Hauses Anwendung? oder auch auf einen Minderjährigen, welcher sich irgendwo eingemiethet hat? auch auf die illata eines Aftermiethers?
16) Steht den Kindern auch für ihr abgängiges Pathengeld eine stillschweigende Hypothek im väterlichen Vermögen nach gemeinem Recht zu?
17) Bekanntlich steht den Pupillen und Minderjährigen auf den mit ihrem Geld vom Vormund erkauften Gütern sowohl ein Vindications- als auch ein privilegirtes Pfandrecht zu, kommt ihnen letzteres aber auch gegen ihren Vater an den Gütern zu, welche derselbe auf seinen Namen mit ihrem Geld erkauft hat?
18) Hat der Verpachter eines Landguts an allen eingebrachten Sachen des Pachters ein stillschweigendes Pfandrecht?
19) Geht die den Pupillen am Vermögen des Vormunds zustehende stillschweigende Hypothek auch auf die Erben des Pupillen über?

Zu 1) In Ansehung dieser Frage ist die Theorie durch Thibauts Angriff in den civilist. Abhandl. S. 311., welcher viele Anhänger gefunden hat, schwankend geworden. Früher war die Praxis entschieden für das Separationsrecht, welches in diesem Fall eben so dringend vom Rechtsgefühl postulirt wird, als ihm im Fall der Universalsuccession vorbemerktermaßen unwidersprochene Geltung widerfährt. Man folgte der natürlichen Ansicht, der Successor konnte ja die Sache nicht ohne die darauf haftende Last erwerben, er konnte nicht sein Vermögen zu Gunsten seiner Gläubiger durch eine Fiction vergrößern, und eine Fiction wäre dies doch immer, wenn seine Gläubiger auf die Voraussetzung, daß er z. B. durch Erwerbung eines Guts zum Preis von 10,000 Fl. sein Vermögen um 10,000 Fl. vermehrt habe, während er doch nur 5000 Fl. daran gewendet hat, weil er für 5000 Fl. Hypotheken darauf übernommen, mithin um so viel weniger bezahlt hat, ihre privilegirten Hypotheken auf einen Werth von 10,000 Fl. geltend machen, und den alten einfachen Hypothekgläubiger von seinem Unterpfand verdrängen könnten. Thibaut meint, dieser Mann sey zwar zu bedauern, welcher auf solche Weise bei der größten Vorsicht und bei einer Sicherheit, welche wohl Niemand bezweifeln konnte, doch sein ganzes Capital verlieren kann; dies sey nun aber einmal Folge des feststehenden Vorzugs der privilegirten Unterpfänder oder des Grundsatzes, daß das Alter der Hypothek nichts gegen das Privilegium vermöge. Es sey ganz einerlei, ob diese Collision, welche bei dem Vorbesitzer eben so gut entstehen konnte, als bei dem Nachfolger, sich nun zufällig bei diesem ereigne, welcher gerade so viel Dispositionsrechte hat, als Jener, um den Altershypotheken durch privilegirte Hypotheken zu schaden. Das Uebel liege im römischen Pfandsystem, der Tadel treffe die Gesetzgebung, gegen welche Thibaut selbst in dieser Materie wegen vielfacher Ungerechtigkeiten großen Widerwillen ausspricht; s. civilist. Archiv Bd. XIV. S. 241., aber Consequenz ist ihm ein kategorischer Imperativ. Unter denjenigen Rechtsgelehrten, welche Thibauts Autorität folgten, z. B. Glück im P. C. Bd. XIX. S. 291., Seuffert Erörter. Abth. II. S. 116., Hugo Lehrb. d. h. R. R. § 117., Löhr im civilist. Archiv Bd. XIV. S. 166. not. 16., Mühlenbruch Lehrbuch § 431. not. c., v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. gem. Civilr. § 180., Schweppe römisches Privatr. Bd. II. § 361., im Ganzen auch v. Vangerow Pand. Bd. I. § 385., Spangenberg im civilist. Archiv Bd. X. S. 404., Bd. XIV. S. 155. — findet man jedoch auch eine Spaltung. So statuirt v. Vangerow l. c. mit Beziehung auf Göschen Grundr. S. 185., die Meinung Thibauts sey nur mit einer Aus-

nahme wahr, wenn nämlich ein Pfand aus der Zeit des frühern Eigenthümers mit einem Pfandprivilegium wegen Anschaffung der Sache concurrirt, müsse man nothwendig dem erstern den Vorzug geben; Schweppe l. c., welcher die Thibautsche Ansicht zwar in der Theorie richtig, aber in Praxi nicht empfehlungswerth findet, modificirt sie dahin: „Pfandrechte beim neuen Eigenthümer, wegen Creditums zum Nutzen der Sache, sollten auch unter den Pfandgläubigern beim alten Eigenthümer nach ihrem Privilegium einen Platz erhalten, weil auch diesen Pfandrechten genützt wird.*) — Läßt man übrigens den ganzen Vorzug der Pfandrechte beim alten Eigenthümer fallen, so können die Gläubiger zum Nutzen bei dem neuen Eigenthümer unbedenklich denen beim alten vorgehen.“ Entschieden gegen Thibauts Ansicht sind aufgetreten: Hepp in Linde's Zeitschr. Bd. IV. S. 87. und Wächter in seiner umfänglichen und gründlichen Abhandl. im civilist. Archiv Bd. XIV. S. 340. Derselben Meinung sind auch Mackeldey im Lehrb. d. h. R. R. § 777., vergl. Gmelin Ordnung der Gläubiger S. 84., Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VI. S. 190., Schirach Beiträge zur Anwendung des Rechts S. 45., — Wächter greift hauptsächlich die Thibautsche Prämisse: „privilegirten Pfandrechten gebühre als solchen, ohne Rücksicht auf das Alter, der Vorgang vor allen andern Hypotheken an derselben Sache“ als ganz unerwiesen und in den Gesetzen nicht begründet an, und unternimmt den Beweis, daß deren Sinn aus der Fassung derselben und aus den Gründen, auf welche ihre Vorschriften gebaut sind, gar nicht anders als dahin abgenommen werden könne, daß die privilegirten Pfandrechte blos gegen diejenigen Pfandrechte stärker seyn sollen, welche bei dem gemeinschaftlichen Besteller entstanden sind, folglich ihr Vorzug nicht diejenigen tangiren könne, welche von einem früheren Besitzer Pfandrechte an der Sache erlangt haben. —

Während demnach der Streit der Theorieen noch nicht als abgeschlossen und entschieden betrachtet werden kann, der Gerichtsbrauch aber so entschieden und allgemein feststeht, daß ihm selbst Thibaut l. c. und seine Nachfolger nicht zu widersprechen wagen, s. auch Schweppe röm. Privatrecht § 361. und die dort angeführten Autoren, werden die Gerichte, wenn sie nicht Glanz und Herrlichkeit in the glorious incertainty of law suchen, gewiß dem Ausspruch des Paulus folgen: haud facile sunt mutanda, quae interpretationem certam semper

*) Derselbe gesteht übrigens dabei, daß die abweichende Meinung Hagemanns in den prakt. Erörter. Bd. VI. S. 40. dadurch unterstützt werde, daß die Gläubiger zum Nutzen selbst unter den Pfandrechten beim neuen Eigenthümer nicht immer die ersten sind.



habuerunt,*) und dies um so mehr, als selbst der Urheber der neuen Theorie doch „in der ältern Praxis die guten Gefühle für das wahre Recht zu ehren" sich gedrungen fühlt; s. Thibaut l. c. S. 314., wie denn auch Schweppe in gleichem Gefühl sich dahin ausspricht, daß die Beibehaltung des Gerichtsbrauchs, zur Verminderung der fehlerhaften Rangordnung des R. R., praktisch sehr wünschenswerth sey; vergl. den so wesentlich auf R. R. basirten Code Napoléon Art. 2177.

Zu 2) l. 28. D. 49. 14. sagt: si, qui mihi obligaverat, quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxit, sciendum est, in re postea acquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse; quod et constitutum est, praevenit enim causam pignoris fiscus. Dem natürlichen Sinn dieses Gesetzes zu folgen, wurde von Vielen Anstand genommen; s. Höpfner Instit. Comm. § 719. not. 3., Hennemann über die bevorzugte Hypothek des Fiscus rc., Spangenberg im civilist. Archiv Bd. XI. S. 451., weil ein Widerspruch mit l. 2. C. 7. 73. und l. 21. D. 20. 4. kaum zu beseitigen möglich schien; v. Vangerow l. c. § 386. not. 1. widerlegt aber diesen Zweifel mit der Bemerkung, daß in l. 2. cit. gar nicht von Gütern die Rede sey, welche der Schuldner erst nach dem Contract erwirbt, und die l. 21. cit. aus einer Zeit herrühre, wo dem fiscus noch gar kein Legalpfand, viel weniger ein Pfandprivileg wegen Contractsforderungen zustand, und daß da blos von einem Falle die Rede sey, in welchem dem fiscus nur das zur Zeit des Vertrags vorhandene Vermögen verpfändet worden war. Die herrschende Lehre stimmt übrigens im Wesentlichen dahin überein, daß das Pfandrecht des fiscus wegen Contractsforderungen auf den nach Abschluß des Vertrags erst vom Schuldner erworbenen Gütern bevorzugt sey.**) — Auch dem

---

*) Hiervon abzugehen trug das Oberappellationsgericht zu Celle gleichwohl kein Bedenken, ungeachtet es nicht in Abrede stellen konnte, daß der bisherige Gerichtsbrauch entgegenstehe. Um nun die damit verbundene Härte wenigstens einigermaßen zu mildern, wurde für nöthig befunden, von der Anwendung der neuen Lehre gegen solche Gläubiger, welche im Vertrauen auf die bis auf die neuere Zeit gleichmäßig von den Gerichten über das s. g. Absonderungsrecht aus hypothekarischen Schuldverhältnissen befolgten Grundsätze gehandelt haben, Umgang zu nehmen, und für die Zukunft solchen Gläubigern eine andere Sicherungsweise durch Eintragung in das Hypothekenbuch anzuweisen; s. die von Spangenberg im civilist. Archiv Bd. XIV. S. 155. mitgetheilte königl. hannöv. Verordn. dd. St. James d. 21. Nov. 1830.

**) Meißner Lehre v. stillschw. Pfandr. § 100—106., Dabelow vom Concurs rc. S. 209., Klenze Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. VIII. S. 394., Hepp in Roßhirts Zeitschr. Bd. I. S. 360., Gester=

privilegio dotis gegenüber wird dies von Mehreren behauptet; Stryck D. de praelatione dotis et fisci mutua c. 4. § 10., Dabelow vom Concurs der Gläubiger S. 301. u. 620., wogegen man aber vielmehr denjenigen beistimmen muß, welche überhaupt unter den privilegirten Hypotheken, bei Ermangelung einer andern gesetzlich bestimmten Rangordnung, lediglich das Alter über den Vorrang entscheiden lassen; s. Gmelin Ordn. d. Gläubiger S. 376., Meißner v. stillschweigenden Pfandr. S. 454. — Glück P. C. Bd. XIX. S. 339. § 1096. versteht sich mit Ausnahme der absolut privilegirten Pfandrechte des fiscus wegen Steuern und Abgaben; l. 1. C. 4. 46. und des in Nov. 97. c. 4. begründeten Vorzugs des Darlehens zur Anschaffung einer käuflichen militia. Für die Forderungen ex contractu hat aber fiscus gar kein privilegirtes Unterpfand, indem er schon den älteren einfachen Pfandgläubigern in der Regel nachsteht. Da nun das Heirathsgut einen Vorzug vor den älteren einfachen Pfandgläubigern hat, so müssen die Forderungen des fiscus ex contractu jedenfalls dem Heirathsgut nachstehen; s. Hepp in Roßhirt's Zeitschr. Bd. I. S. 363., Göschen Grundr. S. 187., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 386. not. 2. a. E., Walch Introd. in controv. j. c. Sect. IV. Membr. 2. Subs. 2. § 16., Gesterding Pfandr. S. 243., Erk. d. O. A. Ger. zu Cassel in Strippelmanns Samml. Th. IV. Abth. 1. S. 282.

Zu 3) Manche Rechtslehrer schreiben zwar auch den mittelbaren Städten und überhaupt allen Obrigkeiten, welche die Obergerichtsbarkeit haben, das privil. fisci wegen der öffentlichen Abgaben zu; s. Struben rechtl. Bedenken Th. IV. no. 165., Stryck Us. mod. Lib. 20. tit. 2. § 16., Leyser Sp. 227. Med. 1., Cocceji J. C. Lib. 20. tit. 2. qu. 5., Berger Oecon. jur. Lib. I. tit. 2. th. 16., allein ein Gesetz gibt es dafür nicht, und auch ein allgemeines Gewohnheitsrecht läßt sich dafür nicht beweisen; Runde im deutsch. Privatr. § 437., Knipschild de jure civitatum Lib. II. c. 15., Mencken Diss. jus fisci mero adhaerens imperio. Lips. 1735., Schaaf D. de jure fisci ad civitates mediatas non pertinente. Goett. 1757., de Selchow Elem. jur. germ. priv. § 184. Städte können es daher nur vermöge besonderer Landesgesetze, Privilegien und Gewohnheitsrechte behaupten; Meißner l. c. § 94. Auch wegen Forderungen aus Con-

---

ding Pfandrecht S. 262., Sintenis Pfandrecht S. 630., Glück P. C. Bd. XIX. S. 250. und die dort angeführten Schriftsteller, sowie die Lehrbücher von Thibaut § 803., Schweppe Bd. II. S. 326., Mühlenbruch § 323., Schilling Bd. II. § 221., v. Wening-Ingenheim § 177.



tracten haben die Städte kein Privilegium, Gebr. Overbeck Medit. Bd. V. no. 287., jedoch nach Analogie der Minderjährigen wird ihnen insgemein die hypotheca tacita in bonis administratorum eingeräumt; l. 3. C. de jure reip. (11. 29.) l. 4. C. ex quibus causis majores (2. 54.), Gmelin Ordn. der Gläubiger S. 289.

Zu 4) Mehrere Rechtsgelehrte entscheiden diese Frage verneinend; s. Gesterding Pfandr. S. 235., Schröter in Linde's Zeitschrift Bd. I. S. 341., Schweppe röm. Privatr. Bd. II. § 363., welcher jedoch früher in seinem System des Concurses § 71. selbst entgegengesetzter Meinung war, v. Vangerow Pand. Bd. I. § 386. Abweichend ist in so fern Thibaut im System § 804. (Ed. 8.), als er die dos mit den der Version wegen gegebenen Pfandprivilegien in gleichen Rang setzt, folglich in der Concurrenz die Zeit entscheiden läßt, und Meißner im stillschweigenden Pfandrecht § 174. meint wenigstens, es lasse sich nicht mit der nöthigen Evidenz ein so exorbitantes Recht beweisen, daß das Heirathsgut auch älteren privilegirten Pfandgläubigern vorgehen solle. Die Vertheidiger der verneinenden Meinung berufen sich darauf, daß in der Nov. 97. c. 3. von einer dos antiqua und einem creditor posterior die Rede sey, mithin der Vorgang nur von den jüngern privilegirten Gläubigern ad emendum verstanden werden könne; Dabelow vom Concurs S. 298., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1213., ferner: die Ehefrau habe nach l. 12. C. 8. 18. nur vor allen einfachen, wenn gleich älteren Hypotheken den Vorzug erlangt, und nur ihre Stellung zu den übrigen privilegirten Pfändern sey noch unbestimmt gewesen. Es habe daher die Frage entstehen können, ob die Ehefrau auch den jüngeren ob versionem in rem privilegirten vorgehe, und diese Frage allein sey in der Nov. cit. entschieden worden. Dagegen finden den Vorgang des Heirathsguts selbst vor den älteren privilegirten Pfandgläubigern in den Gesetzen begründet: Sintenis Pfandrecht S. 646., Glück P. E. Bd. XIX. S. 268. u. 342., Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 4. § 22., Malblanc Princ. jur. Rom. P. III. § 576., Hugo Lehrb. d. Pand. § 257., Hufeland Lehrb. d. Civilr. Bd. II. § 2051. u. a. m. Diese Meinung gründet sich auf folgende Momente. Justinian hat in der Nov. 97. c. 3. den Grund des vorzüglichen Privilegs, welches er dem Heirathsgut gab, ausdrücklich dahin erklärt: er wolle nicht, daß die Männer mit dem Vermögen der Frau ihre Schulden zahlen, die Gläubiger hätten nicht auf den Brautschatz, sondern auf das Vermögen des Mannes creditirt, — daraus folge aber nothwendig, daß der Brautschatz vor allen andern Gläubigern, welche ihm nicht, wie der creditor militiae aus

singulärem Grund vorgesetzt sind, berichtiget werden müsse, und wenn gleich die in Nov. 97. c. 3. gegebene Bestimmung zunächst einen solchen Fall zur Veranlassung hatte, wo die Frau die ältere Gläubigerin, der Darleiher zur Anschaffung oder Erhaltung einer Sache aber der jüngere Gläubiger war, so erhellt doch, daß dieser Umstand nicht als wesentlich für die Bestimmung galt, vielmehr wird auf das Vorhandenseyn anderer Fälle aufmerksam gemacht, wo das Alter dem Privilegium gegenüber nichts bewirkt; scimus quasdam hypothecas, etsi posteriores, ex privilegiis a legibus illis concessis praeponi antiquioribus creditoribus, und nach vieler Ueberlegung — welche doch dann gewiß keine Anstrengung gekostet hätte, wenn die Frage blos über das Zusammentreffen des Heirathsguts mit einer jüngeren privilegirten Hypothek sich hätte erheben lassen — entschließt sich der Kaiser zu der indistincten Bestimmung: volumus, ut, licet quis alterius pecunia agrum emisse, licet quoque domum vel praedium renovasse videatur, talia privilegia mulieribus opponere nequeat; denn, heißt es weiter, ut dos ipsarum minuatur, nullo modo permittimus. In diesem Sinn fährt der Kaiser im c. 4. l. c. ganz deutlich fort. Hier wird von dem Verhältniß des crediti ad militiam zum Heirathsgut gesprochen, und indem jenem eben so indistinct der Vorzug vor diesem gewährt wird, heißt es: *ut in hac sola specie mulier cedat*; worauf consequent mit den Worten geschlossen wird: mulier *reliquis omnibus* secundum privilegium ipsis a nobis datum praevaleat. Auch in Nov. 109. c. 1. wird der Zweck des Privilegs dahin wiederholt: ut et antiquioribus (mulieres) praeferantur, et meliori loco sint, quanquam tempore vincantur.

Zu 5) Die Beschränkung auf den Fall der Concurrenz mit der Stiefmutter wird von Mehreren aus den Worten der l. 12. § 1. C. 8. 18.: exceptis videlicet contra novercas etc. geschlossen; s. Dabelow Handb. Th. III. S. 442., Derselbe vom Concurs d. Gläubiger S. 617., Meißner stillschw. Pfandr. S. 434., Löhr im civilist. Archiv Bd. V. S. 290. Man ging nämlich von dem Gesichtspunkt aus: Justinian habe eigentlich nur der Ehefrau das Privileg gegeben, welches gleich anderen juribus personalissimis mit ihrem Tod erlöschen mußte, daher auch im § 29. J. de act. (4. 6.) das Privileg nur der Ehefrau selbst für ihre Person eingeräumt sey. Concurrirte nun eine zweite Frau, so mußte diese als die jüngere Pfandgläubigerin von selbst nachstehen, so lange nicht mit der Hypothek der noch lebenden Ehefrau ein Vorzugsrecht verbunden worden war. Da dieses aber ertheilt wurde, so mußte sich Justinian bewogen finden, dieses dahin einzuschränken, daß es gegen die Kinder erster Ehe unwirksam seyn solle. Für die Kin-

der sey also das Privilegium blos als negativ zu betrachten (einem späteren Heirathsgut nicht den Vorzug zu lassen), das der Ehefrau aber als positiv: den Vorzug vor allen älteren Gläubigern zu haben. Dagegen sucht v. Vangerow Bd. I. § 386. not. 1. d. die l. 12. § 1. C. 8. 18. dahin zu erklären: daß blos der Stiefmutter in der Concurrenz mit Kindern aus einer früheren Ehe das Dotalprivilegium versagt werde, dagegen an dem Uebergang des Dotalprivilegs auf die erstehelichen Kinder quasi vivente matre nichts geändert sey, wie aus der Nov. 91. unwidersprechlich hervorgehe, verb.: non enim aliis dedimus dudum et damus hoc privilegium, aut heredibus aut creditoribus, *sed solis filiis*. Dies ist auch die herrschende Lehre; Westphal Pfandrecht § 82., Erxleben Princ. § 225., Gmelin Ordnung d. Gläubiger S. 168., Glück P. E. Bd. XIX. S. 273., Gesterding Pfandrecht S. 227. § 30. no. 2., Seuffert Erörter. Bd. II. S. 131., Tigerström das Dotalrecht Bd. II. S. 403., Fritz Erläuterungen Bd. II. S. 505., v. Kamptz Revision der Lehre vom Uebergang des Brautschatz-Privilegiums auf Descendenten der Ehefrau, Berlin 1811., Erkennt. d. O. A. Ger. in Cassel in Strippelmanns Sammlung Th. IV. Abth. 1. S. 282.

Zu 6) Mehrere Rechtsgelehrte halten die jüdischen Ehefrauen nicht für ausgeschlossen; sie sagen: da es in der l. 8. C. de Judaeis heiße: Judaei communi Romano jure viventes in his causis, quae ad forum et leges et jura pertinent, adeant solemni more judicia, omnesque Romanis legibus conferant et excipiant actiones, so habe die Nov. 109., welche alle Häretiker von dem beneficio dotis ausschließt, nicht die Juden darunter begreifen oder verstehen können, auch gehe die Absicht der Nov. cit blos auf Verhütung der Abtrünnigkeit vom christlichen Glauben, folglich könne sie blos von den zur jüdischen Religion übergegangenen christlichen Frauenspersonen verstanden werden. Allein betrachtet man das Gesetz unbefangen, so scheint durch die letztere Auslegung etwas hineingetragen, was nicht wirklich darin liegt, und das erste Argument könnte, wenn die Ausdehnung der l. 8. cit. auf Privilegien zulässig wäre, doch blos zur Rettung derjenigen Privilegien dienen, welche die Ehefrauen vor Justinian schon hatten. Es ist sowohl in der praefat. als in cap. 1. der Novelle 109. auf das Bestimmteste ausgedrückt, daß Justinian sein Privileg blos auf christliche Ehefrauen beschränken wollte, folglich kann man nicht mit Gesterding Pfandrecht S. 229. und Ausbeute von Nachforschungen Th. III. S. 299. darüber disputiren wollen, ob Justinian die Juden zu den Ketzern gerechnet habe. Da h. z. T. die Kirchenverfassung des ehemaligen römi-

schen Rechts nicht mehr besteht, so müssen nunmehr Landesgesetze und Verfassungen hierüber entscheiden. — Unbestimmt erklärt sich Mittermaier im deutschen Privatr. Bd. I. § 117. S. 323. (Ed. 6.): „wo nicht besonders das Particulargesetz oder der Local-Gerichtsbrauch die privilegia dotis der jüdischen Ehefrau entzieht, oder wo das Landesgesetz den recipirten Juden alle gemeinen Privatrechte verliehen hat, darf man wohl an der Anwendung der römischen Vorschrift zweifeln.“*)

Die Schriftsteller des gemeinen Rechts sind übrigens getheilt, nämlich:

a) solche, welche der jüdischen Ehefrau das privilegium dotis ganz versagen; s. Cramer Wetzlarische Nebenstunden Th. III. S. 104., Th. XCVI. S. 68., Struben rechtl. Bed. Th. III. no. 68., Pufendorf T. I. Obs. 208., nach deren Zeugniß diese Meinung beim vormaligen Reichskammergericht und dem Celle'schen Obertribunal angenommen war, Glück im P. C. Bd. XIX. S. 119., Biener D. de jure regio recipiendi Judaeos Judaeorumque in Saxonia Elector. jur. et obligat. § 7. pag. 39. not. 5., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. XX. tit. 2. § 23., Walch Progr. de privil. dotis Judaeae. Jen. 1785., Runde Commentat. de historia indole ac vi remedior. securitatis § 43., Meißner stillschw. Pfandrecht S. 395., welch' Letzterer jedoch dann, wenn die jüdische Ehefrau blos mit Gläubigern jüdischer Religion concurrirt, keinen Anstand findet;

b) solche, welche es ihr unbedingt gestatten; Senckenberg D. de jur. ac. privil. dotium. Giess. 1729., Königke Pr. de jur. ac. priv. dot. Lips. 1733., Ziegler D. de jur. Judaeor. c. 5. § 18., Beck Tr. de jur. Judaeor. c. 7. § 22. c. 14. § 5. de Balthasar de classificatione cred. P. II. Sect. II. Class. 2. p. 51., Gazert Tr. de Judaeor. in Hassia praecipue Darmst. jurib. et obl., Klüber kleine juristische Bibliothek St. 4. S. 485., Gmelin Ordnung der Gläubiger S. 162., Dabelow vom Concurs der Gläubiger S. 247., Köchy Meditt. Bd. I. S. 84., Malblanc Princ. jur. Rom. § 574., Gründler Polemik d. german. Rechts

*) Für das Königreich Bayern entscheidet das Gesetz v. 29. Juni 1851. „In allen Beziehungen, namentlich das eheliche Güterrecht und das Erbrecht betr., kommen für die israelitischen Glaubensgenossen die für die Christen geltenden Civil- und Prozeßgesetze in Anwendung.“

Thl. I. S. 176., Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. VII. § 643., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Thl. I. S. 218. Thl. VI. S. 208., Kapff Würtemberg. Rechtssprüche Bd. I. S. 413.

Zu 7) Zwar wird der putativen Ehefrau von einigen Rechtsgelehrten das privilegium dotis abgesprochen, indem sie ihr lediglich eine condict. sine causa ohne einiges Pfandrecht einräumen, Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 20. tit. 2. § 24., Meißner v. stillschw. Pfandr. § 157., oder auch ihr nur ein einfaches Pfandrecht zugestehen, s. Gmelin Ordn. d. Gläubiger S. 161. Diese Meinung stützt sich vornehmlich auf l. 1. § 4. D. pro dote (41. 10.). Auch ist allerdings der Satz unbestreitbar: nulla dos sine matrimonio; allein da hier doch eine bona fide geschlossene und vollzogene Ehe vorliegt, und das öffentliche vernichtende Hinderniß in den meisten Fällen dispensabel ist, so wirkt nach der herrschenden Lehre die Vernichtung einer solchen Ehe nicht rückwärts, diese behält vielmehr — vorausgesetzt der bona fides — alle civilrechtlichen Wirkungen. Vergl. Bd. I. S. 498., Erxleben Princ. de jure pign. § 72., Hofacker Princ. jur. civ. § 1181., Dabelow v. Concurs d. Gläubiger S. 245., Malblanc Princ. § 574., Schott Eherecht § 138., Boehmer J. E. P. Vol. IV. Lib. 4. tit. 17. § 38.

In Ansehung der Braut theilen sich eben so viele Meinungen. Auch ihr erkennen das stillschweigende Pfandrecht zu: Bachov Lib. IV. c. 13. no. 4., Cocceji jus controv. Lib. 20. tit. 2. qu. 7., Feuerlein Comm. de privil. dotis sponsae compet. Helmst. 1772., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 41. (Ed. 3.), Dabelow vom Concurs S. 243., Zoller Obs. singulares circa dotem obven. § 5. Nur ein persönliches Privilegium gestehen ihr zu: Meißner l. c. § 156., Gmelin Ordn. der Gläubiger S. 161., Lauterbach de tacito pign. § 14., Erxleben l. c. § 71., Hofacker l. c. § 1181., Malblanc l. c. § 574., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 5. § 4., Gebr. Overbeck Medit. Bd. I. no. 3., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 20. tit. 2. § 8., Carpzov Jurispr. for. P. II. const. 24. Def. 5., Heimbach im Rechtslex. Bd. VIII. S. 31. Die Gründe der verneinenden Meinung stützen sich, weil Justinian bei seinem Privilegium durchaus nicht der Braut erwähnt hat, hauptsächlich auf das Princip, daß jura singularia nicht auszudehnen seyen, und daß auch die Gründe der vorzüglichen Begünstigung der Ehefrau, wie sie in l. 12. § 1. C. 8. 18. hervorgehoben sind, bei weitem nicht in demselben Maaß und Umfang bei der Braut obwalten, welche überdem als solche noch nicht einmal in recht-

licher Nothwendigkeit dotem zu inferiren sich befunden hat, wie die Ehefrau. — Dagegen kommt in Betracht, daß gleichwohl auch die Braut mit der Ehefrau rücksichtlich der dos ganz gleich gehalten war, so lange nach dem Pandectenrecht die letztere nur ein persönliches Privilegium hatte, s. l. 17. § 1. l. 19. pr. D. 42. 5. — l. 74. D. 23. 3., und deshalb, argumentiren die Anhänger der bejahenden Meinung, müsse die früher gesetzlich statuirte Parität der Fälle fortwährend gelten; denn daraus, daß Justinian in seiner l. un. C. (5. 13.) de rei uxoriae act. in ex stipulatu act. transfusa den Fall mit Stillschweigen übergangen hat, da die dos schon vor der Hochzeit übergeben und bei nicht erfolgter Ehe zurückzufordern war, folge keinesweges, daß das bisherige Princip, wonach sogleich mit der datio dotis das privileg. repetendae dotis verbunden war, aufgehoben sey, vielmehr sage Justinian leg. cit. § 16. et generaliter, quicquid sacratissimis constitutionibus vel libris prudentium cautum est, quod non contrarium huic legi inveniatur, et hoc in sua maneat firmitate.

Zu 8) Meißner vom stillschw. Pfandrecht § 163. will dieses Privileg nur auf ausstehende Capitalien restringiren, weil in l. 11. C. 5. 14. nur von diesen die Rede ist; allein unius positio non est alterius exclusio, während nur jenes Gegenstand und Zweck dieses Gesetzes war, folglich Anderes unberührt bleiben konnte. Der Praxis ist daher solche Einschränkung fremd geblieben; Westphal Pfandrecht § 93., Hofacker Princ. § 1181., Dabelow vom Concurs S. 245. u. 627., Malblanc Princ. § 574., Leyser Sp. 226. Med. 7., Gmelin Ordn. der Gläubiger Kap. 4. § 20. S. 277., Pufendorf T. I. Obs. 207.

Zu 9) Die Gesetze enthalten davon nichts, weshalb Meißner l. c. § 166. den Richter nicht für befugt hält, ein solches zuzuerkennen; dagegen folgern Andere das gleiche Recht des Ehemannes aus dem in l. un. C. 5. 13. angenommenen Grundsatz der Gleichheit der gegenseitigen Rechte zwischen Mann und Frau; Westphal Pfandrecht § 91., Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 2.

Zu 10) Darüber, daß das Darlehen vor Vollendung des Baues gegeben seyn müsse, daher nicht stattfinde, wenn nach vollendetem Bau zur Bezahlung der Baukosten dargeliehen worden ist, herrscht kein Zweifel. Auch darüber, daß das Privilegium nicht auch auf solche auszudehnen sey, welche Arbeiten oder Materialien creditirt haben, wie außer einigen älteren Rechtsgelehrten auch Gmelin Ordn. der Gläubiger Kap. 5. § 104. und Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1178. statuirten, sind die Neueren einig; s. Madai in Linde's Zeitschr. Bd. XIX.

H. 3. S. 101., Erk. des O. A. G. in Jena in Seuffert's Archiv Bd. II. H. 3. S. 337. Wenn aber Geld hergeliehen wurde, so genügt es nicht, daß dasselbe wirklich zum Bau verwendet worden ist, vielmehr ist es nothwendig, daß es ausdrücklich dazu aufgenommen und gegeben worden sey; aber

a) genügt dieses auch schon, oder muß überdem die wirklich erfolgte Verwendung bewiesen seyn? Dieser Beweis scheint zwar nicht minder nöthig und wird ausdrücklich erfordert von Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 2. § 28., Glück P. C. Bd. XIX. S. 36. und den von ihm citirten Schriftstellern Dabelow, Meißner, Hufeland, Thibaut u. A., weshalb es für räthlich erachtet wird, daß sich der Darleiher die mit seinem Gelde bezahlten Bau-Conti behändigen lasse. Allein immerhin scheinen die Schwierigkeiten eines stricten Beweises unüberwindlich, nachdem das Geld des Darleihers mit dem eigenen Gelde des Erbauers vermischt worden und nicht mehr erkennbar ist, daher von den Meisten die Gleichzeitigkeit des Baues mit der Darlehensaufnahme als Wirklichkeit der Verwendung anerkannt wird; s. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. S. 455., Gmelin Ordn. der Gläubiger S. 140., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 5. § 5. not. 1., Lauterbach de legali s. tacita hypotheca th. 60., Gesterding Pfandrecht S. 138., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 169., Mackeldey Lehrb. des h. R. R. § 314., Göschen Vorlesungen Thl. II. § 339. Dagegen muß in einem Concurrenzfall mehrerer Darleiher zum besagten Zweck derjenige, welcher nur beweisen kann, daß sein Geld zu demselben gegeben und genommen worden sey, zurückstehen, wenn ein Anderer beweist, daß das seinige nicht nur dazu gegeben, sondern auch wirklich dazu verwendet worden sey; Madai in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. H. 3. S. 109.

b) Steht das Privilegium auch denjenigen zu, welche blos zu Haus-Reparaturen Geld geliehen haben? Gewöhnlich wird dies verneint, weil das Gesetz restitutio aedium, nicht aber refectio voraussetzt, s. die Lehrbücher von Thibaut, v. Vangerow, Puchta, v. Wening-Ingenheim, Madai l. c. S. 103., Göschen Vorlesungen Thl. II. § 339. u. A. Es scheint hier aber wohl nur auf eine vernünftige Bestimmung beider Begriffe anzukommen. Indem es nämlich ungereimt schiene, zu verlangen, daß der Besitzer eines baufälligen Hauses dasselbe erst völlig müsse

einstürzen lassen, um die Erleichterung des ihm nöthigen Credits durch das Pfandprivilegium zu erlangen, muß man es wohl eben so gut für restitutio und nicht blos für refectio aedium gelten lassen, wenn der Hausbesitzer einen Theil seines Hauses abtragen läßt, und in solider Weise wieder herstellt, um dem drohenden Einsturz zuvorzukommen. Der Grund des Privilegiums, quia salvam facit conditionem prioris creditoris, scheint uns nicht immer blos auf einen Neubau beschränkt werden zu können; Glück P. C. Bd. XIX. S. 33. und die von ihm angeführten Autoren, Sintenis Pfandrecht § 33. S. 299., Zirkler Revision der wichtigsten Lehren Thl. II. S. 202., Hufeland Lehrb. des Civilr. Bd. I. § 801.

c) Wenn von einem bereits dem A. verpfändeten Gebäude ein Seitenflügel abgebrannt ist, zu dessen Wiederherstellung B. Geld gegeben, und vermöge seines Privilegiums dem A. vorgeht, kann er, da der Flügel vom Hauptgebäude unzertrennlich ist, zugleich auf den Verkauf des letzteren dringen, welcher vielleicht für den A. einen Verlust an seinem Capital herbeiführt? Es ist wohl gegen die von v. Madai l c. S. 91. dagegen erhobenen Zweifel mit Sintenis Pfandrecht § 33. S. 99. anzunehmen, daß er daran nicht gehindert werden könne, doch müsse der Werth des Nebengebäudes durch dessen Schätzung besonders ausgemittelt und nach dem über oder unter der Schätzung des ganzen Inbegriffs von Gebäuden ausfallenden Kaufpreis verhältnißmäßig der für das Nebengebäude berechnet werden.

d) Zu der von Dabelow vom Concurs der Gläubiger S. 199. anscheinend versuchten Einschränkung des Privilegiums auf Wohngebäude ist wohl kein gesetzlicher Grund aufzufinden; v. Madai l. c.

e) Nicht außer allem Zweifel ist die Frage, welche von praktischem Interesse ist, wenn ein mit fremdem Gelde wieder hergestelltes Gebäude abermals einstürzt, ob das privilegirte Pfandrecht auch die area ergreife? Die meisten älteren und neueren Rechtsgelehrten bejahen die Frage nach l. 19. § 6. D. de legat. III. (32.) — l. 21. D. 13. 7. — l. 29. § 2. D. 20. 1. und bei einem vertragsmäßigen Pfandrecht bezweifelt es auch v. Madai l. c. S. 95. nicht, glaubt aber bei einem gesetzlichen Privileg, vermöge der Regel der stricten Interpretation, daß dieses nur das Haus afficiren könne, wogegen aber einzuwenden seyn möchte, daß auch die Gesetzgeber kein Haus ohne Grund gedacht haben; jus soli sequitur aedificium, est enim pars ejus; l. 21. cit.

f) Darüber, wann dieses privilegirte Pfandrecht beginne, sind die Rechtslehrer verschiedener Meinung. Einige datiren den Anfang auf den Zeitpunkt des abgeschlossenen Darlehens; s. Zimmern in Schunk's Jahrb. der jurist. Literatur Bd. II. S. 248., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. S. 424.; Andere auf den Zeitpunkt der Vollendung des Baues, indem sie den Anfang des Pfandes mit der materiellen Realisirbarkeit desselben identificiren, s. Hepp im civilist. Archiv Bd. X. S. 274., Schilling Institutionen § 212., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 376. no. 2., und wieder Andere auf den Moment, da die Verwendung erfolgte; s. Thibaut Pand. § 788. (Ed. 8.) — v. Madai a. a. O. S. 127. stimmt der ersten der hier vorgetragenen Meinungen bei. Er bemerkt, die materielle Realisirbarkeit des Pfandrechts dürfe nicht mit dessen juristischem Anfangspunkt verwechselt werden, welcher nicht allein von dem Existentwerden des Pfandobjects, sondern zugleich von dem Alter der Forderung abhängt, welche durch das Pfandrecht geschützt werden soll. Sind nun mehrere credita in restitutionem aedificii von Seite mehrerer Darleiher vorhanden, so tritt zwar die Möglichkeit ihrer Realisirung für sie gleichzeitig erst durch den Wiederaufbau des Hauses ein, aber ihr gegenseitiges Rangverhältniß müsse sich nach dem Alter der Forderungen richten. Dagegen ist aber von Sintenis im prakt. Civilr. Bd. I. S. 652. bemerkt, daß, wenn von verschiedenen Gläubigern unter gleichen Umständen wiederholt Darlehen der Art aufgenommen worden sind, selbst das jüngere dem älteren Pfandrecht vorgehe. Es scheint daher die richtigste Ansicht von Sintenis l. c. S. 652. not. 9. dahin ausgesprochen zu seyn, daß der Anfangspunkt dieses Pfandprivilegiums mit dem Begriff der anhebenden Verbesserung als Object — im Vergleich zum früheren Zustande vor Beginn des Baues — gleichzeitig zu stellen sey.

Zu 11) Hier geht der spätere dem früheren Gläubiger vor, weil jener auch diesem genützt hat; Schweppe System des Concurses § 70., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 387. not. 2., Sintenis prakt. Civilr. Bd. I. S. 652.

Zu 12) Unbestritten ist vermöge der Nov. Leonis l. 11. C. 8. 18. der Vorgang der öffentlichen Unterpfänder (solcher nämlich, welche durch Constituirung vor dem competenten Gericht oder durch gerichtliche Handlungen bewiesen sind, welchen auch Notariatsacte, welche unter Beiziehung der erforderlichen Anzahl von Zeugen errichtet und von ihnen mit unterschrieben sind, gleich gelten) vor allen Privathypotheken ohne

Rücksicht auf das Alter. Uebrigens ist, abgesehen von der Verschiedenheit der Meinungen,*) deren Auseinandersetzung (s. Bolley von öffentlichen Unterpfändern § 119., Gesterding Pfandrecht § 32. und Nachforschungen Bd. II. S. 449., v. Löhr im civilist. Archiv Bd. VI. S. 150., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 387. und die dort angeführten Schriftsteller) hier zu weit führen und bei der Mannichfaltigkeit der Gesetzgebungen einzelner deutscher Länder wenig Nutzen gewähren dürfte, als herrschende Lehre mit Glück P. C. Bd. XVIII. S. 278. Bd. XIX. S. 230. u. 247. anzunehmen, daß die Nov. Leonis eigentlich keinen Unterschied zwischen öffentlichen und Privathypotheken, sondern eine Vorschrift über den Urkundenbeweis bei Hypothekrechten festsetze. Insgemein ist daher angenommen: will Jemand sein Hypothekrecht durch Urkunden beweisen, so geht diejenige Hypothek, welche durch eine öffentliche Urkunde constatirt ist, jeder andern vor, welche sich nur in einer Privaturkunde gründet. Es ist aber nicht, wie Boehmer D. de diverso pignoris et hypothecae jure cap. I. § 8. in Exerc. T. III. no. 58. dafür hält, nothwendig, daß eine Hypothek, um als eine öffentliche zu gelten, gerade durch eine öffentliche Urkunde constituirt werde. Ist sie vor zwei Zeugen errichtet, so gilt sie auch als eine öffentliche Handlung, und hat denselben Vorzug, wie die in einer öffentlichen Urkunde errichtete Hypothek; s. Bolley l. c. § 122., Glück P. C. Bd. XVIII. S. 289. Bd. XIX. S. 230. u. 247., v. Vangerow l. c.

In Ansehung des Rechtsgeschäfts, an welches ein Pfandrecht geknüpft ist, mag es immerhin ganz gleich gelten, ob dieses publice oder privatim errichtet wurde, hier gelten blos die gemeinen Beweisregeln, daher nur da, wo das Pfandrecht selbst durch Convention erzeugt wird, die Oeffentlichkeit wesentlich ist, um gegen den Schuldner nicht allein, sondern auch gegen Dritte das Pfandrecht zu begründen, dagegen gesetzliche, prätorische und judicielle Pfänder mit allen Conventionalpfändern, ohne weiteren Unterschied, nach dem Alter concurriren; Franke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien Abthl. I. S. 105., Dabelow vom Concurs S. 312., Bolley l. c. S. 28. § 119., Thibaut System d. P. R. § 805., Gmelin l. c. § 108., Gesterding l. c. S. 252., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter.

---

*) Vielen Stoff zu Discussionen gibt hier die Frage: liegt der Grund des Vorzuges öffentlicher Unterpfänder in der Sicherheit des Datums oder darin, weil Privaturkunden nicht gegen einen Dritten beweisen, oder überhaupt in einem Vorzug der Oeffentlichkeit vor der Heimlichkeit?



Bd. VI. S. 395., Meißner vom stillschweigenden Pfandrecht Thl. I. S. 85. —

In Betreff der privilegirten Unterpfänder müßte man nun consequent behaupten, daß ihnen ihr Vorzug vor einem gewöhnlichen Pfandrecht blos deswegen, weil dieses in einer öffentlichen Urkunde bestellt ist, nicht streitig gemacht werden könne, wenn nur das Geschäft, mit welchem der Gesetzgeber das Privilegium verbunden hat, gehörig bewiesen wird, und dies um so mehr, weil es ja bei dem privilegirten Unterpfand gar nicht auf den Altersbeweis ankommt. Leo hat ja in der l. 11. C. qui pot. in pign. (8. 18.) blos den Vorzug bestimmen wollen zwischen Gläubigern, die um das Alter und das aus diesem entspringende Vorrecht streiten; hingegen diejenigen Pfandrechte, welche mit einem besonderen Vorzug versehen sind, liegen gänzlich außer der Sphäre des Gesetzes; s. Gesterding Ausbeute rc. Thl. II. S. 455., vergl. jedoch v. Vangerow l. c. und die Recension über Gesterding's Pfandrecht in den Heidelberger Jahrbüchern v. J. 1817. S. 634. Demungeachtet gehen, weil hier die Hypothek sich gewissermaßen mit dem Geschäft selbst identificirt, die Meinungen der Rechtsgelehrten meist dahin, daß auch sie durch ein öffentliches Document bewiesen werden müssen, um nicht den öffentlichen Hypotheken nachzustehen; z. B. wer zur Erkaufung einer Sache Geld leiht, und sich dafür eine Hypothek bestellen läßt, muß dies durch eine öffentliche Urkunde thun; Bolley l. c. § 119., Glück P. C. Bd. XVIII. S. 292. Bd. XIX. S. 247.

Zu 13) Läßt sich bei einem Conventionalpfandrecht die Zeit der Entstehung nicht ausmitteln, so geht derjenige vor, welcher im Besitz des Pfandes ist; l. 10. l. 16. § 8. D. 20. 1. Ist keiner im Besitz, so geht derjenige, welcher eine bestimmte Zeit der Pfandconstituirung nachweisen kann, demjenigen vor, welcher gar keine Zeit darthun kann, Glück l. c. Bd. XIX. S. 331., Thibaut System § 806., Leyser Vol. 7. Sp. 486. Med. 8., Schweppe röm. Privatr. Bd. I. § 319., und wenn keiner von beiden eine Zeit nachweisen kann, so concurriren sie pro rata ihrer Forderungen; l. 16. § 8. D. 20. 1. — Glück l. c., vergl. l. 20. § 1. D. 13. 7. — l. 1. § 1. D. 43. 33.

Zu 14) Bei den prätorischen Unterpfändern gibt das Alter alsdann keinen Vorzug, wenn ein Immittirter mit einem Andern derselben Art concurrirt; Thibaut System § 806. — l. 11. § 1. D. 36. 4. — l. 15. § 15. D. 39. 2. — l. 1. § 16. D. 37. 8. — l. 12. pr. D. 42. 5. Ihr Verhältniß zu andern Pfandgläubigern richtet sich jedoch nach der allgemeinen Regel. Eine Ausnahme findet nur bei der immissio damni infecti nomine Statt; gegen diesen richtete der Hypo-

thekgläubiger mit seiner Pfandklage anders nichts aus, als wenn er ihm zuvor die Baukosten erstattet hatte; l. 12. l. 44. § 1. D. 39. 2. Auch kann ein erst nach der Immission erlangtes Pfandrecht doch dem Immittirten vorgehen, wenn es vermöge einer versio in rem privilegirt ist; l. 5. § 2. D. 36. 4. — l. 2. C. 8. 18. — l. 3. C. 6. 54. — Glück P. C. Bd. XIX. S. 335. Ein pignus judiciale tritt übrigens nicht von der Zeit der rechtskräftig gewordenen Sentenz oder des richterlichen Decrets, sondern vom Vollzug der Auspfändung oder des erlangten Besitzes an in Wirkung; l. 15. § 2. l. 61. D. 42. 1.

Zu 15) Nur der Miether ist dem gesetzlichen Pfandrecht unterworfen, und davon sind auch die invecta et illata eines Minderjährigen nicht frei, obgleich ein solcher ohne Consens seines Vormunds keine Hypothek gültig bestellen kann, denn wo die Gesetze ein Pfandrecht für irgend ein Rechtsverhältniß verleihen, bedarf es der Einwilligung des Vormunds nicht. Non videtur circum scriptus esse minor, qui jure sit usus communi; Boehmer Introd. in Jus Dig. Lib. 20. tit. 2. § 8., Cocceji jus controv. ejusd. tit. qu. 15., Walch controv. jur. civ. Sect. II. c. 5. § 12. pag. 427. Auch die invecta et illata des Aftermiethers unterliegen diesem Pfandrecht. Das juristische Verhältniß ist in der Art aufzufassen: die invecta des Aftermiethsmannes haften dem Aftervermiether stillschweigend wegen aller Forderungen aus der Aftervermiethung, und an diesem Pfandrechte hat zugleich der ursprüngliche Vermiether ein weiteres Pfandrecht, ein sogen. Afterpfand; l. 5. pr. D. 20. 2. — l. 11. § 5. D. 13. 7. Dagegen gestattet die stricte Interpretation nicht, das Privilegium auch gegen solche Personen geltend zu machen, welchen die Wohnung unentgeltlich eingeräumt war; l. 5. pr. D. 20. 2. Si gratuitam habitationem conductor mihi praestiterit, invecta a me domino insulae pignori non esse, nämlich wenn der Miether mir wiederum das Wohnen unentgeltlich verstattet, so ist dasjenige, was ich hineingebracht habe, dem Eigenthümer des Gebäudes nicht verpfändet.

Zu 16) In keinem Gesetz ist den Kindern dafür eine stillschweigende Hypothek eingeräumt, sondern nur wegen des Brautschatzes ihrer Mutter nach l. 6. § 2. C. 6. 60., welche in Praxi nicht nur bona materna, sondern auch materni generis in sich begreift. Die stillschweigende Hypothek in dem Vermögen des Vormunds läßt sich nicht hierher ziehen, weil der Vater nicht in dieser Eigenschaft, sondern kraft der väterlichen Gewalt das Vermögen seiner Kinder in Händen hat, welche ihm viel freiere Befugnisse gewährt, als ein Vormund hat; s. Boehmer J. E. P. Tom. III. Lib. 3. tit. 42. § 47., Leyser Sp. 166. Med. 2. § 3.,

v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. I. S. 65., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. no. 486., Thomasius D. de hyp. propter pec. instr. § 6. Jedoch erachtet Claproth Einl. in sämmtl. summarische Prozesse S. 596. ob paritatem rationis et utilitatem publicam die erweiterte Anwendung des Privilegs für zulässig; vergl. Struben rechtl. Bedenken Bd. III. no. 54.

Zu 17) Gmelin in der Ordnung der Gläubiger Kap. 3. § 7. glaubt dies in Ermangelung eines Gesetzes verneinen zu müssen. Allein l. 7. D. 20. 2. macht keinen Unterschied, von wem etwas mit dem Gelde eines Pupillen erkauft sey, sondern gesteht ein Pfandrecht überhaupt zu, si ex nummis pupilli fuerit res comparata, und eben so l. 3. D. 27. 9. Da nun aetas pupillaris den Gesetzesgrund ausmacht, so darf wohl auch das noch in väterlicher Gewalt, aber in pupillari aetate befindliche Kind darunter begriffen und sein Pfandrecht gegen den Vater, wie gegen einen Andern geltend gemacht werden; v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. II. no. 50. S. 185.

Zu 18) Mehrere Rechtsgelehrte erachten Alles, was der Pachter mit Wissen des Gutseigenthümers einbringt, *) dem stillschweigenden Pfandrecht des letzteren unterworfen; s. Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 20. tit. 2. § 104. Dies kann aber nur von dem Falle verstanden werden, wenn im Pachtvertrag gewisse inferenda, ut ibi perpetuo sint, bedungen sind; denn nur von einem stillschweigenden Conventionalpfand ist die für jene Meinung angeführte l. 5. C. 4. 65. zu verstehen; cf. l. 5. § 1. D. 20. 2. Außerdem gilt die gesetzliche Hypothek nur in Ansehung der erzeugten Früchte, l. 4. l. 7. D. 20. 2., von der Zeit ihrer Perception an, für die aus dem Pachtvertrage selbst entspringenden Forderungen, und ist auch nicht auf dasjenige, was aus dem Erlös verkaufter Früchte angeschafft worden ist, zu erstrecken; s. Meißner vom stillschw. Pfandrecht § 71—73., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 214.

Zu 19) Die verneinende Meinung scheint zwar in l. 42. D. 26. 7. und l. 19. § 8. D. 42. 5. gegründet, worauf sich Cocceji jus contr. Lib. 20. tit. 2. qu. 2. und Andere beziehen; allein diese Gesetze

*) Man hat auch in Ansehung des Pfandrechts des Vermiethers einer Wohnung an den eingebrachten Vermögensgegenständen des Miethers die Frage aufgeworfen, ob darunter auch die eingebrachten Schuldbriefe begriffen seyen? Der Gerichtsbrauch verneint sie und versteht das stillschweigende Pfandrecht nur von eingebrachten Sachen. Unkörperliche Rechte können nicht eingebracht werden; Lauterbach Coll. th. pr. Lib. XX. tit. 2. § 116., Gesterding Ausbeute Thl. IV. Abthl. 1. S. 32.

können wohl nur von dem dem Pupillen gleichfalls beigelegten persönlichen Vorzugsrecht verstanden werden, welches allerdings nicht auf dessen Erben übergeht, was aber bei dinglichen Rechten nicht angenommen werden kann; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 228., Mevii Dec. P. 8. Dec. 393., Struv. Ex. 26. § 15.

---

§ 5. Von der hypothekarischen Succession.

Bekanntlich ist das jus offerendi, im Gegensatz eines auf beiderseitiger Convention beruhenden Cessionsgeschäfts, das Mittel, um ohne oder auch wider Willen des Andern dessen Hypothekforderung an sich zu bringen und in alle Rechte desselben einzutreten. Bietet nämlich der nachstehende Gläubiger dem vorgehenden die vollständige Befriedigung cum omni causa an, so muß ihm derselbe seine Pfandstelle einräumen. Hierbei hat unter mehreren nachstehenden Pfandgläubigern, welche das jus offerendi ausüben wollen, immer der zunächststehende den Vorzug, l. 16. D. 20. 4. — l. 12. § 9. D. eod.; einem bloßen Chirographargläubiger ist es jedoch nie gestattet; l. 10. C. 8. 18. — Westphal Pfandrecht § 172., Glück P. C. Bd. XIX. S. 355. Der schwächer berechtigte Pfandgläubiger kann aber das jus offerendi gegen was immer für einen bevorzugten Gläubiger ausüben, selbst wenn der Schuldner das Pfand demselben bereits an Zahlungsstatt überlassen, l. 1. C. 8. 20., und auch wenn der vorgehende Gläubiger das Pfand dem zweiten Gläubiger verkauft hat, kann der Schuldner ihm Abfindung anbieten; l. 6. D. 20. 5. Es ist ihm auch gegen den Bürgen, welcher den vorgehenden Gläubiger bezahlt hat, und welchem dagegen das Pfand titulo emtionis von jenem überlassen worden ist, eingeräumt; l. 2. D. 20. 5. — Gesterding l. c. § 33. S. 269., Glück l. c. Bd. XIX. S. 360.*) Zweifelhaft ist es übrigens,

---

*) Keinen besonderen juristischen Zweifeln sind andere Arten, um in die Stelle eines andern Pfandgläubigers zu gelangen, ausgesetzt; z. B. wenn ich dem Schuldner das Geld zur Abfindung eines Pfandgläubigers nicht nur unter der Bedingniß eines Pfandrechts überhaupt, sondern insonderheit des Eintritts in die vom vorigen Gläubiger inne gehabte Stelle leihe; l. 12. § 8. u. 9. D. 20. 4. — l. 3. D. 20. 3. — l. 1. C. 8. 19. Einige behaupten sogar, daß es schon hinreiche, wenn der Darleiher nur dieses sich beim Schuldner ausbedingt,



1) ob der nachgehende Gläubiger nun ipso jure in die Stelle des abgefundenen tritt, oder doch dazu noch einer Cession bedarf?
2) ob auch der vorgehende Gläubiger gegen einen nachstehenden das jus offerendi behaupten kann?
3) Eine besondere Frage entsteht darüber, ob und wie man durch Erlangung eines rechtskräftigen Erkenntnisses in die Pfandstelle eines andern Gläubigers gelangen könne? Man denkt sich den Fall also: es concurriren drei Pfandgläubiger, A., B. und C. Von diesen dreien erstreitet der letzte, C., den Vorgang gegen den ersten, A. Gewinnt er dadurch aber auch das Vorgangsrecht, welches A. gegen den B. hatte?

Zu 1) Mehrere behaupten, daß es einer Cession überall nicht bedürfe, s. Glück P. C. Bd. XIX. S. 362., Gesterding Pfandrecht S. 261., oder auch, daß — wenn auch ein creditor tertius vel quartus — doch secundus creditor der Cession nicht bedürfe, Haubold Diss. de jure offerendi Cap. III. § 1. Andere statuiren, daß der creditor primus zur Abtretung gezwungen und im Fall der Widersetzlichkeit die Cession vom Richter für geschehen angenommen werden könne; s. Westphal Pfandr. § 175. Daß die Cession in der Regel nöthig sey, wird auch in der Recension der Heidelberger Jahrbücher v. J. 1817. S. 630. über Gesterdings Pfandrecht angenommen. Beide Meinungen dürften sich in einem Mittelpunkt vereinigen lassen. Zur Erwerbung des Rechts wird allerdings Cession nicht nöthig, wohl aber wird zur Vollziehung und Ausübung desselben entweder cessio oder adjudicatio unentbehrlich werden.

Zu 2) Dies ist zwar in den Gesetzen nirgend ausgesprochen, und der Stelle in Pauli rec. Sent. II. 13. 8. *) will man als einem

---

daß mit seinem Gelde der alte Gläubiger abgefunden werde, Haubold Diss. supra cit. c. 3. § 2., Bachov de pign. et hyp. Lib. 4. c. 15. pag. 341., das Gegentheil aber behauptet Gesterding l. c. S. 277. Unbestritten tritt auch der Käufer eines mit Hypotheken belasteten Guts von selbst in die Rechte der von ihm bezahlten Hypothekgläubiger ein, dergestalt, daß er sich gegen alle, die mit jenen gleiche oder schwächere Pfandrechte haben, schützen kann, wogegen diese kein anderes Mittel haben, als durch Erstattung seines Kaufgeldes sammt Zinsen die Sache an sich zu bringen; l. 3. C. 8. 19. — l. 17. D. 20. 4. — l. 3. pr. D. 20. 5.

*) Diese Stelle spricht allerdings sehr bestimmt: novissimus creditor priorem oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur, dimittere

Fragment vorjustinianischen Rechts vermöge der Vorschrift in l. 2. § 19. C. de veteri jure enucleando (1. 17.) kein entscheidendes Gewicht beilegen; s. Zimmern in Linde's Zeitschrift Bd. I. S. 54., Linde das. Bd. V. S. 290. Bd. VI. S. 215. Die aufgeworfene Frage wird daher von Mehreren verneint; Becmann D. de succ. cred. in alterius et sui ipsius locum. Goett. 1784. § 17., Gesterding Ausbeute Thl. VI. Abthl. 1. S. 193. Indessen trug schon die Glosse ad l. 1. u. 5. C. 8. 18. kein Bedenken, in dem Fall, wenn der zweite Pfandgläubiger im Besitz des Pfandes ist, auch dem ersten Pfandgläubiger das jus offerendi zuzugestehen, und so neigt sich auch die herrschende Lehre zur Bejahung der Frage in allen Fällen, wo der vorgehende Gläubiger irgend ein rechtliches Interesse dabei haben kann, z. B. um in den Besitz des Pfandes und damit auch zur Ausübung des Retentionsrechts wegen seiner chirographarischen Forderungen zu gelangen. Das vorjustinianische Fragment findet nämlich auch in l. 5. C. 8. 18. einige Bestätigung; denn indem diese Gesetzstelle den ersten Gläubiger nur nicht zur Auslösung des zweiten zwingen läßt, pflegt man daraus den Schluß wenigstens auf seine Berechtigung zu ziehen. Auch ist wohl l. 7. § 2. u. 3. C. de praescr. 30 annor. (7. 39.) dem nicht entgegen, denn dort ist nicht mehr gesagt, als daß in der Regel nur der nachstehende Gläubiger sich veranlaßt finden werde, vom jus offerendi Gebrauch zu machen; Glück P. C. Bd. XIX. S. 355. und die in not. 60. angeführten Schriftsteller, Schweppe röm. Privatr. Bd. I. § 322., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 377., Leyser Vol. 4. Sp. 231. Med. 6., Müller im civilist. Archiv Bd. II. S. 386., Schunk Jahrb. der jurist. Literatur Bd. XIX. S. 118., Bopp in Roßhirt's Zeitschr. Bd. I. S. 375., Fritz zu Wening-Ingenheim S. 528.

Bemerkenswerth ist die von Bachofen im röm. Pfandr. Bd. I. S. 500 rc. gegebene Erklärung, welche dahin geht: es bestehen zweierlei Oblationsarten, die eine von Seite des nachstehenden Pfandgläubigers, um in die Stelle des älteren einzurücken; diese kann nur vom nachgehenden gegen den vorgängigen, aber nicht umgewandt von dem vorgängigen, wenn er zugleich Besitzer des Pfandes ist, ausgeübt werden; die andere die Oblation von Seite eines Besitzers des Pfandes zur Ab-

---

potest. Sed et prior secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior est. Man kann nämlich gewiß nicht die Worte: si voluerit auf den secundus creditor beziehen, sondern auf den primus creditor, um in ihnen einen angemessenen Sinn zu finden; s. v. Vangerow l. c.



wendung der gegen ihn gerichteten act. hypothecaria von Seite eines Nichtbesitzers; Paullus in l. 12. § 1. D. 20. 6. Durch diese Oblation vereitelt jeder dritte Besitzer eine Pfandklage. Geschieht sie von einem nachstehenden Gläubiger, so vereinigen sich in seiner Person zwei Rechte, das jus offerendi und die Oblation gegen die Pfandklage; jenes übt er in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger, diese als Besitzer aus. Zwar scheint er diese nicht nöthig zu haben, weil er durch die Exception der Pfandpriorität gegen jeden Nachfolger geschützt ist; allein es kann ihm doch nach Umständen daran gelegen seyn, den Besitz des Pfandes zu behalten. Dahin allein zweckt diese Oblation auch nach der Westgothischen Interpretation: item prior creditor, licet potior sit in pignore retinendo, si offerat pecuniam, potest apud se pignus retinere.

Zu 3) Man sollte glauben: Nein, weil eine res inter alios judicata dem Dritten nicht zum Nachtheil gereichen kann; dies ist aber nur in einem gewissen Falle ganz richtig und entscheidend. Nämlich, wenn man sich den Fall denkt, daß der im Besitz des Pfandes befindliche nachgehende Gläubiger C. vom vorgängigen Gläubiger A. verklagt und besiegt worden ist, so alterirt dies das Verhältniß des B. gar nicht; denn durch das Erkenntniß, welches A. gegen den C. erlangt hat, ist A. blos von dem Anspruch des C. losgesprochen; dadurch hat er übrigens kein Prioritätsrecht gegen den B. erlangt, wenn er es nicht schon hatte. Anders ist es aber im umgewandten Falle, wenn C. gegen A. des Vorgangs halber geklagt und gesiegt hat. Da würde ihm sein gegen den A. errungener Sieg ja gar nichts helfen, wenn ihm nun doch der B. vorginge. Man muß daher nach l. 3. in f. D. 20. 3. dahin entscheiden, daß A. dem B., wenn gleich nicht in eigenem Namen, und nicht kraft des Judicats, doch ex jure primi creditoris, in dessen Stelle er durch das Judicat getreten ist, dem B. vorgehe; Glück P. C. Bd. XIX. S. 377. A. M. ist Sintenis vom Pfandrecht S. 248., s. dagegen v. Vangerow Pand. Bd. I. § 377. no. 2., welcher für diesen Fall folgende Rangordnung aufstellt: Wenn Jemand sein Landgut zuerst dem A. wegen einer Schuld von 1000 Thlrn., dann dem B. ebenfalls wegen 1000 Thlrn. und dann dem C. wegen 10,000 Thlrn. verpfändet hat, und der C. hat die act. hypothecaria gegen den A. siegreich durchgeführt, so kommt zuerst der C. für einen Betrag von 1000 Thlrn., dann der B. für 1000 Thlr., hernach wieder der C. für die übrigen 9000 Thlr. und endlich der A. für seine 1000 Thlr.

§ 6. Vom beneficio excussionis.*)

1) Steht dem Schuldner in dem Fall, da er seinem Gläubiger, neben der Verpfändung seines gesammten Vermögens, auch ein Specialunterpfand constituirt hat, das beneficium excussionis realis, oder das Recht zu, ihn, wenn er andere Vermögensstücke angreifen will, auf sein Specialpfand zunächst zu verweisen?

2) Steht auch einem dritten Besitzer eines im allgemeinen Pfandnexus verstrickten Vermögensstücks das beneficium excussionis realis zu? Wir denken uns nämlich den Fall so: der Gläubiger hat neben der General- auch eine Specialhypothek, der Schuldner hat aber einen in der ersteren begriffenen Gegenstand veräußert; kann nun der dritte Besitzer, wenn er vom Pfandgläubiger verfolgt wird, diesen ab- und zur Excussion seines Specialunterpfandes verweisen?

3) Steht dem nachgehenden Pfandgläubiger solches beneficium excussionis realis zu?

4) Steht einem dritten Besitzer eines in der Generalhypothek begriffenen Vermögensgegenstandes die exc. excussionis personalis dahin zu, daß der Kläger zuerst den Hauptschuldner und Bürgen ausklagen müsse? Desgleichen den dritten Besitzer einer speciell verpfändeten Sache?

Zu 1) Bekanntlich steht dem Gläubiger, wenn er blos eine Generalhypothek hat, unbestritten die Wahl unter allen möglichen Befriedigungsmitteln zu, l. 8. D. 20. 5., und zwar in der Maße, daß er auch von einem Object ab- und auf das andere überspringen kann; s. Gesterding Pfandr. S. 345., Mevii Dec. P. 7. D. 183., Pufendorf Obs. jur. univ. T. 4. Obs. 175. Ist ihm aber neben der Generalhypothek eine Specialhypothek bestellt — deren Object doch schon in jener begriffen war —, so muß dieser Handlung nothwendig eine eigene Bedeutung gegeben werden. Diese findet sich sehr natürlich und einfach

*) oder von dem Einwand, der Kläger solle erst versuchen, auf einem anderen Wege seine Befriedigung zu bekommen, bevor er seinen Anspruch an der Sache oder gegen die angegriffene Person geltend mache, daher exc. excuss. realis u. personalis.



in dem Grundgedanken einer stillschweigenden Convention, daß die generelle Verpfändung, in welcher derselbe Gegenstand zum zweiten Male erscheint, nur subsidiär dienen soll, daher der Gläubiger, wenn er sich das jus variandi nicht ausdrücklich bedungen hat, zunächst auf das Specialpfand vom Schuldner verwiesen werden könne; s. l. 9. C. 8. 28. und analog die l. 2. C. 8. 14. In der That ist diese Intention dem Interesse der beiden Theile gleich entsprechend und angemessen.

Andere Rechtsgelehrte*) wollen in der exc. excuss. realis nur ein dem nachgehenden gegen den voranstehenden Pfandgläubiger zustehendes jus singulare erkennen, s. Westphal Pfandr. S. 88., Gesterding Ausbeute Thl. IV. Abthl. 1. S. 42., und indem sie das Fundament einer stillschweigenden Convention im zuerst bemerkten Falle verwerfen, machen sie auch die daraus zu ziehende Folge hinfällig. Es ist aber nicht erwiesen, daß die Gesetze einen so beschränkten Grund für die Verleihung der exc. excuss. realis hatten, daher die meisten Rechtslehrer sich zum Princip der conventio tacita neigen; Cujac. Lib. 3. Resp. Papin. (Op. T. 4. p. 949.). Diese Meinung hat auch Glück im P. C. Bd. XVIII. S. 246. u. 358. adoptirt, und wenn er gleichwohl auf die Autorität Berger's und Haubold's die Bemerkung gründet, daß in der Praxis dem Schuldner die Einrede, daß sich der Gläubiger zuerst an die Specialhypothek halten solle, gewöhnlich nicht gestattet werde, so kann dies wenigstens nicht von den neueren Rechtslehrern gesagt werden, indem deren Mehrzahl nicht mehr sich zu der absoluten Beschränkung des benef. exc. realis auf einen nachgehenden Pfandgläubiger bekennt; s. Thibaut System d. P. R. § 815. (Ed. 8.), v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 327. u. 334., Zimmern das. Bd. I. S. 47., Weber Versuche S. 119. u. 123., Hepp im civilist. Archiv Bd. IX. no. 19., Sintenis prakt. Civilr. Bd. I. S. 840., Erxleben de pignor. etc. § 317. Auch Gesterding im Pfandrecht § 45. wird diesen beigezählt werden dürfen, indem er es zwar nicht den Rechtsprincipien für consequent hält, daß dem Schuldner die exc. excuss. realis eingeräumt werde, aber doch ein gegen die Regel des Rechts eingeführtes beneficium in der l. 9. C. 8. 28. anerkennt.

Neuerlich ist aber selbst unter den Anhängern der eben beschriebenen Ansicht — welcher übrigens immer die Voraussetzung unterstellt ist, daß das Specialunterpfand sich noch in den Händen des Schuldners

---

*) Die verschiedenen Meinungen finden sich vollständig aufgeführt in v. Quistorp's Beiträgen S. 154.

selbst befinde — wieder eine Discrepanz hervorgetreten. Darüber zwar sind sie Alle einverstanden, daß die dem Schuldner zuzugestehende exc. excuss. realis aus einer im Gesetz anerkannten conventio tacita abzuleiten sey, aber — sagen sie — nicht immer und nicht nothwendig sey diese zu unterstellen. Man könne vielmehr auch annehmen, daß der Gläubiger das Specialunterpfand nur deswegen der Generalhypothek habe beifügen lassen, um diejenigen besonderen Vortheile zu erwerben, welche der letzteren nicht anhängen, sondern nur dem ersteren eigenthümlich sind.*) Deshalb glaubte zuletzt Thibaut im civilist. Archiv Bd. XVII. S. 25. eine in der gleichzeitig erschienenen 8. Ausg. seines Systems des P. R. § 785. gleichwohl nicht von ihm beibehaltene Distinction machen zu müssen, welche man schon in Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 1. § 15. angedeutet findet, und welcher auch v. Vangerow in den Pand. Bd. I. § 389. not. 2., Sintenis Pfandr. S. 495. u. Heimbach im Rechtslex. Bd. I. S. 908. beistimmt. Ist — sagt man — zur Specialhypothek noch eine Generalhypothek hinzugefügt, dann müsse man allerdings die Intention annehmen, daß der Gläubiger sich an die erstere zunächst zu halten habe; ist aber umgewandt zur Generalhypothek eine Specialhypothek hinzugefügt, so lasse sich blos annehmen, daß der Gläubiger sich neben jener auch die besonderen Vortheile einer Specialhypothek habe verschaffen wollen. Diese obwohl von Weber in seinen Versuchen S. 121. bestrittene Annahme ist auch in dem Falle gegründet, wenn sich der mit einer stillschweigenden gesetzlichen Hypothek versehene Gläubiger auch eine Specialhypothek constituiren ließ; Leyser Spec. 225. Med. 7.

Zu 2) Auch hier sind die Meinungen verschieden. Man behauptet, daß die exc. excuss. realis dem dritten Besitzer einer in der Verpfändung begriffenen Sache in keinem Gesetze ausdrücklich gegeben sey.**) Zimmern in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 47. hält jedoch dafür: ein Grundsatz, welcher in l. 2. C. 8. 14. zu Gunsten des Schuldners und in l. 9. C. 8. 28. zu Gunsten eines nachgehenden Pfandgläubigers anerkannt sey, müsse auch einem dritten Pfandbesitzer gleicherweise zu Statten kommen. v. Vangerow l. c. hält dieses auch für eine richtige Folge, sobald man eine stillschweigende Uebereinkunft als den Grund

*) Auf diese macht besonders Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 327. durch eine sorgfältige Zusammenstellung der der Specialhypothek eigenthümlichen Vortheile aufmerksam.

**) Auch spricht die Decis. Elector. Sax. VII. v. J. 1746. dem dritten Besitzer den Gebrauch der exc. excuss. realis ab; s. Hellfeld prakt. Beiträge Heft I. S. 64.

voraussetzt, warum der Generalhypothek nur eine subsidiäre Bestimmung gegeben sey. Dieser Ansicht können nun freilich diejenigen Rechtslehrer nicht beistimmen, welche in der exc. excuss. nur ein jus singulare der in den Gesetzen bezeichneten Personen erblicken; s. Gesterding Pfandrecht § 45., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. I. § 182. (167.), Mühlenbruch Lehrb. Thl. II. § 426., Hepp im civilist. Archiv Bd. IX. no. 19., Glück P. C. Bd. XVIII. S. 358., Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 829. Indessen hat jene Meinung auch bedeutende Anhänger, s. Hugo Lehrbuch d. h. R. R. S. 123. (Ed. 7.), Schweppe röm. Privatr. Bd. I. § 358., Seuffert Lehrbuch des praktischen Pandectenrechts Thl. I. § 222., Warnkoenig Comm. jur. Rom. priv. T. I. pag. 542., und rechtfertigt sich durch die Vorschrift der Nov. 4. cap. 2. und Auth. hoc si C. de pignor. (8. 14.) hoc si debitor possideat: alio vero possidente inhibetur hypothecaria, donec personaliter actum sit cum reo et intercessore. Auch steht die Nov. 112. nicht entgegen; denn sie beschäftigt sich blos mit der hierher nicht gehörigen Frage, ob eine verhypothecirte Sache eine res ligitiosa, mithin dem Veräußerungsverbot unterworfen sey; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. no. 33., Heimbach in Linde's Zeitschr. Bd. XIII. S. 392.

Zu 3) Daß dem nachstehenden Pfandberechtigten gegen den älteren General- und Specialhypothekanten das Recht zustehe, ihn auf seine Specialunterpfänder zu verweisen, in so fern es gewiß ist, daß diese zu seiner Befriedigung hinreichen, ist in l. 2. C. 8. 14. bestimmt ausgesprochen. Analog darf man auch gewiß in dem Falle dem nachstehenden Pfandgläubiger die exc. excuss. realis zugestehen, wenn dem vorgängigen Gläubiger mehrere Specialhypotheken verschrieben sind, und er gerade eine solche angreift, auf welcher eine Nachhypothek constituirt ist, während auf dem anderen Gegenstande keine Nachhypothek haftet; s. Guyet im civilist. Archiv Bd. XVIII. S. 368.*) Bei der Con-

*) Derselbe erörtert auch den Fall, wenn auf beiden Pfandobjecten Nachhypotheken ruhen, und entscheidet sich unter Anführung der verschiedenen Theorien und der Prioritätsgesetze Frankreichs, Baierns und Würtembergs dahin: man müsse von dem Princip ausgehen, daß die mehreren Pfandobjecte Eines Gläubigers als solidarisch verpfändet anzusehen seyen, derselbe aber sich bei seiner Wahlbefugniß so benehmen müsse, daß er — unbeschadet seines Interesse — keinen der Nachhypothekanten mehr als den andern und mehr, als es die nothwendige Ausübung seines Vorpfandrechts mit sich bringt, beschädige. Dies wird dadurch bewirkt, daß der erste Hypothekant zwar auf jedes Pfandobject solidarisch mit seiner ganzen Forderung angewiesen, weil

currenz des nachfolgenden und vorgängigen Pfandgläubigers ist demnach nur die Beweisfrage zweifelhaft. Das Gesetz verleiht nämlich jenem die exc. excuss. realis nur si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum. Deshalb sagt Gesterding l. c. § 45. S. 350.: der nachstehende Gläubiger müsse den Umstand beweisen, von welchem das ihm desfalls zugestandene beneficium excussionis abhängt, dagegen Glück im P. C. Bd. XVIII. S. 245. in Uebereinstimmung mit Weber in den Versuchen S. 142. dem vorgehenden Gläubiger den Beweis auflegt, daß seine Specialhypothek nach ihrer dermaligen Beschaffenheit zu seiner Befriedigung nicht hinreiche, weil dieser Beweis die Bedingung ausmacht, unter welcher es ihm allein erlaubt sey, den gesetzlichen ordo zu verlassen und mit Uebergehung der Specialhypothek sogleich die Generalhypothek anzugreifen. v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 336. unterscheidet: entweder beruht es auf stillschweigender Uebereinkunft der Partheien, daß der Gläubiger sich nur im Nothfalle an das Generalpfand halten solle, dann muß er die Unzulänglichkeit des Specialpfandes, als den Grund seiner Klage, beweisen, oder er befindet sich im Falle der im römischen Recht zugestandenen freien Wahl, dann muß der Beklagte die Zulänglichkeit des Specialpfandes als Fundament seiner Einrede beweisen.

Einen andern Fall behandelt übrigens l. 2. D. 20. 4. Hier ist von der Concurrenz eines solchen Gläubigers die Rede, welcher blos mit einer Generalhypothek versehen ist, mit einem anderen, welchem der Schuldner einen Gegenstand seines im Allgemeinen schon verpfändeten Vermögens zum Specialunterpfand unterstellt hat. Hier kann der letztere den ersteren nicht auf das übrige Vermögen des Schuldners verweisen, wenn er auch aus diesem seine Befriedigung erlangen könnte. Es kann aber auch der Fall seyn, daß der Schuldner noch andere Güter, als die

---

er aber dann seine Forderung doppelt bekäme, ihm an jedem Object das Zuviel in dem Verhältniß abgezogen wird, in welchem die Gesammtsumme der beiden Erlöse zum Betrag seiner Forderung steht; z. B. A. hat für 5000 Thlr. die erste Hypothek auf dem Gute T. (dessen Erlös 6000 Thlr. beträgt) und zugleich auf dem Gute Z. (aus welchem 1000 Thlr. erlöst werden). Er würde also, wenn er auf jedes Gut mit seinen 5000 Thlrn. angewiesen würde, 6000 Thlr., mithin 1000 Thlr. oder 1/6 zu viel erhalten, Dieses 1/6 wird ihm nun abgezogen auf dem Gute T. mit 833 1/3 Thlrn., so daß er daraus nur erhält . . . . 4166 2/3 Thlr.
und auf dem Gute Z. aus dessen Erlös zu
1000 Thlrn. mit . . . . 166 2/3 Thlrn.,
so daß er aus diesem nur erhält . . . . . 833 1/3 Thlr.

Sa. 5000 Thlr. 1000 Thlr.

im Allgemeinen verpfändeten, besitzt, oder durch einen späteren Vertrag mit dem ersten Gläubiger dahin übereingekommen ist, daß gewisse Gegenstände von jener Generalhypothek ausgenommen bleiben, oder dem ersten Gläubiger nur subsidiär haften sollen; dann ist, wenn die übrigen Vermögensgegenstände zur Befriedigung des ersten Gläubigers hinreichen, kein Collisionsfall vorhanden, sondern secundus creditor in pignore postea dato non tam potior, quam solus invenietur; l. 2. D. 20. 4. Glück P. C. Bd. XVIII. S. 246.

Zu 4) Das beneficium excussionis *personalis* steht unbestritten fest vermöge der Nov. 4. cap. 1. und 2., durch welche Justinian zum Besten derjenigen, welche vom Schuldner einen in seiner allgemeinen Vermögensverpfändung begriffenen Gegenstand erlangt hatten, eine gewisse Ordnung festgesetzt hat, nach welcher der Hypothekgläubiger mit seinen Klagen vorschreiten muß. Bevor er nämlich den Dritten verfolgt, muß er zuerst den Hauptschuldner und dessen Erben, dann den Bürgen oder dessen Erben ausklagen, dann erst kann er den Besitzer der vom Schuldner und zuletzt den Besitzer der vom Bürgen verpfändeten Sachen in Angriff nehmen.

Nach der Meinung Einiger soll zwar dem Dritten, welcher durch eine vom Schuldner vorgenommene Veräußerung in den Besitz eines Specialpfandes gelangt ist, die exc. excuss. durch die Nov. 112. wieder entzogen seyn, vergl. v. Löhr im civilist. Archiv Bd. XXVI. S. 1. und die in Glück Commentar Bd. XVIII. S. 372. angeführten Autoren; allein nach der von v. Löhr l. c. u. v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 818. gegebenen einfachen Erklärung liegt dies durchaus nicht im Sinne der Nov. 112., wie auch von Glück l. c. und Busch im civilist. Archiv Bd. XXXI. S. 20. anerkannt ist.

Die Nov. 112. c. 1. sagt nur so viel, daß, wenn der Schuldner mit einer mit der Hypothek belasteten Sache eine Veräußerung — gleichviel vor oder nach Anstellung der Hypothekenklage — vorgenommen hat, welche der Gläubiger ja nicht verhindern konnte, dieser die verkaufte Sache gegen den Käufer verfolgen kann, bis er wegen der Schuld befriedigt ist; denn die Litigiosität stehe der Veräußerung von Seite des Schuldners nicht entgegen, indem eine Sache dadurch, daß Hypotheken auf ihr ruhen, nicht zur litigiosa werde; der Gläubiger könne also die verkaufte Sache, so lange er nicht wegen der Schuld befriedigt ist, eben so gut verfolgen, als er dies gegen den Schuldner selbst gekonnt hätte, wenn er noch im Besitz der Sache wäre; s. v. Löhr l. c., Erk. des O. A. G. zu Jena in Seuffert's Archiv Bd. VII. H. 1. S. 11. no. 12.

Die Wohlthat der Excussion fällt aber bei dem dritten Besitzer der verpfändeten Sache alsdann hinweg, wenn der Schuldner so wenig als dessen Bürge im Stande ist, den Gläubiger ganz oder zum Theil zu befriedigen, oder wenn wegen ihrer Entfernung der eine wie der andere schwer zu belangen ist; Nov. 4. c. 1.

Zweifelhaft ist es, ob ein Miterbe, welcher sich im Besitz einer vom Erblasser verhypothecirten Sache befindet, und durch Zahlung der auf ihn gefallenen Quote seine persönliche Schuld getilgt hat, nunmehr in Betreff der Schuldquoten seiner Miterben als extraneus oder tertius possessor anzusehen ist, und von der Einrede der Vorausklagung Gebrauch machen kann? Mit Bezug auf die Glosse zur Nov. 4. c. 1. wurde diese Frage vom O. A. G. in Oldenburg verneinend entschieden; s. Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 3. S. 448.

Die Frage: ob die exc. excuss. personalis aus dem Gesichtspunkte einer Hypotheken=Beschränkung, mithin als Gegenstand des materiellen Rechts, oder als Gegenstand des Proceßrechts zu betrachten sey, entschied das O. A. G. in Jena für das Letztere, nämlich daß nach den Proceßgesetzen des Gerichts, bei welchem der Rechtsstreit anhängig ist, zu entscheiden sey; s. Seuffert's Archiv Bd. VII. H. 3. S. 321. Ueber das beneficium excuss. des Bürgen s. Bd. III. Kap. 18.

---

§ 7. Von den Rechten und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers und des Pfandschuldners.

1) Bekanntlich bleibt der Pfandschuldner, der Verpfändung ungeachtet, fortwährend Eigenthümer der Sache, und deshalb, nächst allen anderen Ausflüssen des Eigenthums, auch zur Veräußerung des Pfandobjects — versteht sich cum onere — befugt, mit Ausnahme jedoch des Falles, da er eine bewegliche Sache zum Specialpfand bestellt hat; denn diese darf er ohne Zustimmung des Pfandgläubigers nicht veräußern, und thut er es, so wird seine Handlung wie ein Diebstahl in den Gesetzen angesehen; § 14. J. 4. 1. — l. 19. § 6. l. 66. pr. D. 47. 2. Nun entsteht aber die Frage: ob ungeachtet der Gesetzwidrigkeit der Handlung nicht doch angenommen werden müsse, daß durch die Tradition das Eigenthum der Sache an den emtor bonae fidei übergegangen sey? Ferner

2) ob die Sache durch diese Handlung zur res furtiva im eigentlichen Sinne werde, demnach der Käufer sie auch nicht usucapiren könnte?

2 a) Ist der Pfandgläubiger, welcher die ihm verpfändete Sache einem dritten Besitzer abfordert, diesem zum Ersatz der von demselben gemachten Verwendungen verbunden?

3) Wofür hat der Pfandgläubiger dem Pfandschuldner in Beziehung auf unversehrte Erhaltung des Pfandobjects zu haften?

4) Bekanntlich ist der Pfandschuldner berechtigt, gegen Zahlung seiner Schuld das Unterpfand zurückzufordern; kann er aber nicht durch die Einrede des Pfandbesitzers, daß ihm selbst das Eigenthum an der Sache erworben sey, zurückgewiesen werden?

5) Bekanntlich erlangt der Gläubiger durch den Zuschlag noch nicht unwiderruflich das Eigenthum an der verpfändeten Sache, indem dem Schuldner nach den römischen Gesetzen ein zweijähriges Wiedereinlösungsrecht zustand; l. 3. § 3. C. 8. 34. Was ist nun Rechtens in Ansehung des während dieser Zeit vom Adjudicatar in der Sache gefundenen Schatzes?

6) Was hat der Kläger, welcher mit der hypothekarischen Klage auftritt, zu beweisen? Genügt es, daß er das ihm aus einem rechtlichen Entstehungsgrunde zustehende Pfandrecht beweise, oder muß er auch noch beweisen, daß der Beklagte im Besitz der verpfändeten Sache sich befinde, oder auch, daß der Verpfänder zur Zeit der geschehenen Verpfändung Eigenthümer der Sache gewesen sey?

7) Geht die act. pignoratitia auch gegen den dritten Besitzer des Pfandes? Kann z. B., wenn der Gläubiger das ihm für 100 Thlr. versetzte Pfand an einen andern für die gleiche Summe verpfändet hat, der erste Schuldner gegen Zahlungserbieten die Zurückgabe des Pfandes von diesem fordern?

8) Auf welchen Voraussetzungen und Erfordernissen beruht das jus distrahendi des Pfandgläubigers?

9) Wie weit gehen die Zuständigkeiten des Pfandschuldners an der von ihm verpfändeten Sache?

Zu 1) Hier muß man wohl gegen Breidenbach D. de pign. per debitorem distract. § 4. nach aller Consequenz annehmen, daß nur der Schuldner sich dem Gläubiger durch seine Handlung verantwortlich macht, der Käufer aber nichts desto weniger Eigenthümer der Sache geworden sey; s. v. Vangerow Pand. Bd. I. § 384. not. 1.

Zu 2) Gegen die Statthaftigkeit der Usucapion in diesem Falle scheint l. 49. D. 41. 3. und l. 6. C. 7. 26. zu entscheiden, indem hiernach eine gestohlene Sache nicht eher usucapirt werden kann, als nachdem sie wieder in die Gewalt des Eigenthümers zurückgekommen war. Allein in Ansehung der verpfändeten Sache nehmen die Gesetze in der Person des Pfandschuldners potestas domini an. In l. 4. § 21. D. de usurpat. (41. 3.) ist nämlich gesagt: si rem pignori datam debitor surripuerit et vendiderit, usucapi eam posse, Cassius scribit, quia in potestatem domini videtur pervenisse, qui pignori dedit, quamvis cum eo furti agi potest. Ueber die Vereinigungsversuche dieser mit den zuvor angeführten Gesetzesstellen s. Mühlenbruch Lehrb. Bd. II. § 262. not. 16., v. Vangerow Pand. Bd. I. § 317. S. 517. und Unterholzner gesammte Verjährungslehre § 68. S. 226., wo derselbe seine in dem früheren Werke von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz § 17. aufgestellte Erklärung der l. 4. § 6. D. de usurpat. et usucap. (41. 3.) zurückgenommen hat.

Zu 2 a) In der Regel ist der Pfandgläubiger eben so zu dieser Vergütung verbunden, wie der vindicirende Eigenthümer, l. 29. § 2. D. 20. 1. — l. 44. § 1. D. de damno infecto (39. 2.). Anders ist es jedoch, wenn der Eigenthümer die Sache nach geschehener Verpfändung an einen Andern veräußert hat. Daraus darf dem Pfandgläubiger keine lästige Verbindlichkeit erwachsen; Gesterding Ausbeute Thl. IV. Abthl. 2. S. 225.

Zu 3) Die Gesetze gehen zwar von dem Gesichtspunkte aus, daß der Verpfändungsvertrag beiden Contrahenten zum Vortheil errichtet werde, l. 5. § 2. D. commodati (13. 6.); es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß der Pfandgläubiger culpam levem in committendo vel omittendo prästiren müsse. Wenn Gesterding vom Pfandrecht § 28. ihn nicht auch für diligentia verantwortlich zu halten scheint, so steht entgegen, daß nach den vom Pfandrecht speciell handelnden Gesetzen der Pfandbesitzer Alles, nur nicht casus und vis major, prästiren muß; l. 13. § 1. D. 13. 7. venit autem in hac actione et dolus et culpa ut in commodato. Venit et custodia, vis major non venit; § 4. J. 3. 15. — l. 19. C. 8. 14. Wer aber custodiam prästiren muß, muß auch omnem culpam prästiren. Der Pfandgläubiger ist

zwar dann von Verantwortlichkeit wegen des Unterganges der verpfändeten Sache frei, wenn er sie in einem öffentlichen Aufbewahrungsorte untergebracht hat, l. 9. C. 4. 24., außerdem aber wegen mangelhafter Verwahrung, s. l. 19. C. 8. 14., und wegen der durch Nachlässigkeit herbeigeführten Entwendung in Haftung, l. 5. C. 4. 24. — l. 15. pr. D. 47. 2., sowie auch im Fall gewissenlosen Verzugs. Die l. 19. D. 13. 7. wendet den Grundsatz der Diligenzverbindlichkeit des Pfandbesitzers insbesondere auf den Fall an, da derselbe Servituten auf der Sache hat entstehen lassen; s. Glück P. C. Bd. XIV. § 867. und 868.

Zu 4) Die Analogie der l. 25. C. de locat. et cond. (4. 65.) spricht dafür, daß der Besitz zu restituiren, die Eigenthumsfrage aber ad separatum zu verweisen sey; Gesterding Pfandr. § 28., Weber Beiträge zu der Lehre von Klagen und Einreden Bd. II. S. 85.

Zu 5) Die Revocabilität des Eigenthums hat die Folge, daß durch Ausübung des Wiedereinlösungsrechts auch der inzwischen gefundene Schatz in das Eigenthum des Verpfänders zurückgeht; l. 63. § 4. D. 41. 1. Der Adjudicatar kann übrigens schon während der zur Wiedereinlösung offen gehaltenen zwei Jahre aufhören, jure dominii zu besitzen, wenn er während dieser Zeit Zinsen annimmt; l. 2. C. 8. 34.

Zu 6) Wohl darf an dem Allen nichts fehlen, doch muß nicht immer Alles bewiesen werden; z. B. daß der Beklagte noch den verpfändeten Gegenstand besitze, wird, wenn der Beklagte selbst der Verpfänder ist, von manchen Rechtsgelehrten so lange vermuthet, als Kläger nicht das Gegentheil beweist, Hartitzsch l. c. S. 297., Kind qu. for. T. III. Cap. 20. pag. 89 etc., obwohl richtiger mit Glück P. C. Bd. XVIII. § 1085. S. 384. anzunehmen seyn möchte, daß der Kläger im Läugnungsfalle allerdings beweisen muß, daß der Beklagte die Sache besitze, und diesem den Eid darüber zuschieben könne. Daß aber der Kläger auch dieses beweisen müsse, daß der Beklagte zur Zeit der geschehenen Verpfändung Eigenthümer der Sache gewesen sey, kann nur dann behauptet werden, wenn die Klage gegen einen dritten Besitzer der Sache gerichtet ist, nicht aber, wie Faber de error. Pragm. Dec. 63. annimmt, auch dann, wenn die Klage gegen den Verpfänder selbst geht; denn diesem stände ja replica doli entgegen; oder auch, wenn zwei Pfandgläubiger concurriren, welche ihr Pfandrecht von verschiedenen Constituenten herleiten, oder ein dritter Besitzer das, und zwar von einem Andern als dem Verpfänder, erworbene Eigenthum der Sache behauptet. Hier muß der Kläger allerdings außer dem factum der Verpfändung auch noch beweisen, daß sein Verpfänder Eigenthümer gewesen

sey, und wenn die Stärke des Beweises auf beiden Seiten gleich ist, so siegt der Besitzer; s. l. 14. D. 20. 4. — l. 23. D. 22. 3. — l. 15. § 1. l. 18. D. 20. 1. Mehreres hierüber s. Glück l. c.

Zu 7) Mehrere Rechtsgelehrte behaupten dieses, s. Mevii Dec. P. V. Dec. 345., Leyser Sp. 155. Med. 5., Struben rechtl. Bedenken Thl. V. no. 70.; allein ihrer Behauptung widerspricht die Natur persönlicher Klagen, zu welchen doch unstreitig die act. pignorat. gehört. Gegen den dritten Besitzer wird daher der erste Pfandschuldner nur die Eigenthumsklage anstellen können; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 54. und die dort angeführten Schriftsteller.

Zu 8) Das jus distrahendi des Pfandgläubigers setzt bekanntlich voraus:

a) daß die Forderung fällig sey. — Es genügt, wenn sie auch nur zum Theil fällig ist. Glück's irrige Auslegung der l. 8. § 3. D. 13. 7. im P. C. Bd. XIX. S. 383., als dürfte der Gläubiger bei einer auf mehrere Zahlungstermine gestellten Forderung, nach fruchtloser Verstreichung einiger Fristen noch nicht, sondern erst nach Verfluß aller zum Verkauf des Pfandes schreiten, findet sich widerlegt in Sintenis Handbuch S. 506., Fritz Erläuterungen zu Wening S. 456., Wening in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 354., v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 785.

b) Liquidität der Forderung kann wohl nicht, wie Glück l. c. und Müller in d. civilist. Abhandl. no. 3. dafür halten, als wesentliche Voraussetzung gelten, denn wie v. Vangerow l. c. S. 786. dagegen bemerkt, ist in einem darüber erhobenen Proceß die Forderung als ungegründet erkannt, so ist freilich die geschehene Veräußerung nichtig, aber nicht wegen Illiquidität, sondern wegen Nichtexistenz der Forderung; zeigt sich aber die Forderung als gegründet, so bleibt ungeachtet des Widerspruchs des Schuldners die Veräußerung gültig. Nur darf der Rechtsstreit nicht schon vor der Veräußerung entstanden seyn; l. 1. pr. D. 44. 6. — l. 1. C. 9. 37.

c) Ob mora accipiendi des Gläubigers denselben an der Veräußerung hindere, muß wohl in so fern verneint werden, als l. 2. C. 8. 29. ausdrücklich erfordert, daß der Schuldner diesfalls die von ihm geschehene Deposition nachweisen müßte, s. v. Vangerow l. c. Dagegen wird mora solvendi auf Seite des Schuldners gewöhnlich als Erforderniß behauptet. Wenn auch Sintenis l. c. und Wening l. c. dies läugnen, s. auch v. Vangerow l. c. S. 786., so scheinen dabei nur solche Fälle vor-

ausgesetzt zu seyn, wo zwar in facto eine Verzögerung obwaltet, aber doch der Rechtsbegriff der mora mangelt.

d) Unstreitig muß vor Allem der Gläubiger dem Pfandschuldner — wenn auch nur außergerichtlich, s. Sintenis Civilr. Bd. I. S. 643., Glück l. c. S. 386. — anzeigen, daß er bei länger ausbleibender Zahlung das Pfand verkaufen werde. Diese Denunciation ist auch dann, wenn für die Zahlung eine bestimmte Frist festgesetzt ist, ubi dies interpellat pro homine, nichts desto weniger nöthig; Glück l. c. S. 388., Sintenis Pfandrecht S. 509. Doch steht das verurtheilende richterliche Erkenntniß der Anzeige gleich; Sintenis Civilr. Bd. I. S. 642., v. Vangerow l. c. Bd. I. S. 786. Nach Justinian's Vorschrift, l. 4. C. 8. 28. — l. 3. § 1. C. 8. 34., muß der Pfandgläubiger noch 2 Jahre nach geschehener Denunciation mit dem wirklichen Verkaufe zuwarten, was aber freilich nach Gottschalk Disc. for. T. II. pag. 245. und den in not. ii., wie auch von Glück l. c. Bd. XIX. S. 389. citirten Rechtslehrern, Stryck, Brunnemann, Berger, Wernher u. A. m., nicht in usu ist. Eine einfache Denunciation ist hinreichend, l. 4. C. 8. 28., ausgenommen, wenn der Gläubiger der Befugniß, das Pfand zu verkaufen, sich ausdrücklich begeben hatte; denn wenn gleich ein solcher Verzicht im Ganzen unwirksam ist, so hat er doch die Wirkung, daß eine dreimalige Denunciation vor dem Verkaufe nöthig ist, l. 4. 5. D. 13. 7. — Gottschalk l. c. S. 243., v. Vangerow l. c. S. 787. no. 4., wobei übrigens bestritten ist, ob dann die 2 Jahre von der ersten oder der letzten Denunciation zu laufen anfangen? v. Vangerow bemerkt Bd. I. S. 787. seines Leitfadens zu Pand.-Vorles., daß gewöhnlich nach Zimmern's Ausführung in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 52. das Letztere angenommen werde, was aber wohl gegen die Grundsätze richtiger Auslegung streite; vergl. Fritz l. c. S. 108 ꝛc., Sintenis l. c. S. 310.

e) Hat der Gläubiger mit Nichtbeobachtung eines gesetzlichen Erfordernisses das Pfand verkauft, so ist die Veräußerung nichtig, und der Schuldner kann die Sache vindiciren; l. 7. C. 8. 28. — Glück l. c. S. 392, Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1852. S. 21.

f) Der Gläubiger muß beim Verkauf des Pfandes, weil er eigentlich im Namen des Pfandschuldners handelt, dessen Interesse in Obacht nehmen, und daher durchaus bona fide verfahren, z. B. das Pfand nicht durch einen Andern für sich kaufen lassen;

s. Glück l. c. § 1100. S. 390.; indessen ist es nicht gerade nöthig, daß er den Verkauf gerichtlich bewerkstelligen lasse; Gesterding Pfandrecht § 23. S. 151., Schweppe röm. Privatrecht Bd. I. § 286.

Hat der Pfandgläubiger — wenn gleich mit Beobachtung der oben beschriebenen Erfordernisse — das Pfand verkauft, ist aber dabei auf andere Weise mala fide zu Werke gegangen, so kann der Pfandschuldner freilich nicht gegen den Käufer vindiciren, sondern nur einen Enschädigungsanspruch an seinen Gläubiger geltend machen. Ausnahmsweise kann er den Käufer jedoch ebenfalls auf Rescission des Kaufs belangen, wenn dieser gleichfalls in mala fide war; s. Glück l. c. S. 393. und noch überhaupt nach der Meinung Mehrerer im Fall der Insolvenz des Gläubigers, vermöge tit. Cod. de distr. pign. 8. 28., v. Vangerow l. c. S. 788. no. 6., Müller civilist. Abhandl. no. 3., Sintenis Handb. S. 507.

g) Daß der Pfandgläubiger, wenn er an der erforderlichen Denunciation durch Abwesenheit des Schuldners und Unbekanntschaft seines Aufenthaltes verhindert ist, zu Anrufen der Obrigkeit, öffentlicher Vorladung, Bestellung eines Abwesenheits-Vormunds u. dergl. verpflichtet sey, wie Einige dafür halten, s. Leyser Sp. 232., Sintenis l. c. S. 530., kann wohl nicht mit Grund behauptet werden; l. 3. § 2—6. C. 8. 34. handeln blos von dem Fall, wenn dem Gläubiger selbst das Pfand zugeeignet werden will. Entfernt sich der Schuldner, ohne zu zahlen, sorgt aber nicht dafür, daß die Privatdenunciation ihn erreichen kann, so gibt er zu erkennen, daß er kein Interesse beim Verkaufe habe; l. 24. l. 81. § 1. D. 35. 1. — l. 50. D. 18. 1. — l. 23. D. 28. 7. — l. 85. § 7. D. 45. 1. — l. 39. 161. D. 50. 17. — c. 41. de reg. jur. in VIto müssen analog angewendet werden; s. Erk. des O. A. G. in Dresden, Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1852. S. 21.

Zu 9) Es ist hier zunächst in das Auge zu fassen, daß der Verpfänder dadurch, daß er verpfändet, nicht aufhört, Eigenthümer zu seyn. Daraus folgt, daß ihn als solchen aller Nachtheil berührt, der das Pfand trifft, daß er aber auch allen Vortheil davon behält, l. 12. pr. D. de distract. pign. (20. 5.) — l. 21. § 2. D. de pign. (20. 1.) — l. 3. 4. pr. D. quibus modis pign. (20. 6.) — l. 43. § 8. D. 21. 1., also den Gebrauch und den vollen Fruchtgenuß, so weit ihn nicht etwa der Faustpfandcontract darin beschränkt.

Er kann die Sache anderweit verpfänden, kann darüber auf den Todesfall verfügen, sie sogar bei Lebzeiten veräußern, unbeschadet der pfandschaftlichen Haftung, nam res transit cum suo onere. Dienstbarkeiten darf er an dem Pfande nur in so weit bestellen, als sie dessen Werth nicht verringern; außerdem braucht der Gläubiger, wenn er zum Verkauf des Pfandes schreitet, sie nicht anzuerkennen, s. Sintenis Pfandr. S. 543. Ein Widerspruchsrecht steht dem Gläubiger nur gegen solche Veränderungen, welche der Schuldner am Pfande vornimmt, zu, welche den Werth desselben verringern oder ihm sonst nachtheilig zu werden drohen. In dieser Hinsicht kam es bei dem O. A. G. zu Dresden in Frage, ob der Pfandgläubiger dem Schuldner verwehren könne, Steinkohlen im verpfändeten Grundstück zu graben. Der Gerichtshof entschied aber verneinend, wie folgt: „deren Aufhub darf nicht als Verminderung der Substanz immer angesehen werden, sondern es bildet der Regel nach einen Theil der Benutzung des Grundstücks." Alles dies führt nur auf ein Recht, pflegliche Benutzung, insonders Schonung der Oberfläche zu fordern. Nachtheiliger sind Stein-, Kreide- und Sandgruben, weil sie nicht auf das Unterirdische sich beschränken, sondern die Oberfläche angreifen. Dennoch treten für die Ususfructur blos l. 9. § 2. l. 13. § 5. 6. D. 7. 1. ein; s. Wochenbl. f. m. Rechtsf. 1851. S. 351., auch Zeitschr. f. Rechtspflege Bd. VIII. S. 30., wo das königl. sächsische Particularrecht erörtert ist.

---

§ 8. Endigung des Pfandrechts.*)

1) Bekanntlich sind für das Pfandrecht sowohl possessorische Rechtsmittel (interd. Salvianum directum und utile und interd. ex l. 3. C. de pign. 8. 14.) als auch petitorische (act.

---

*) Indem die gewöhnlichen Erlöschungsgründe des Pfandrechts aus den Lehrbüchern bekannt sind, scheint nur Folgendes besonders hervorgehoben werden zu dürfen:

1) Der Satz, daß mit Erlöschung der Hauptverbindlichkeit auch das Pfandrecht erlischt, muß strict von dem Fall verstanden werden, da der Gläubiger bezahlt oder sonst befriedigt worden ist. Pecunia soluta creditori, vel *si per eum factum sit, quo minus* solveretur, ad reddenda ea, quae pignori acceperit, jure eum urgeri manifestum est; l. 3. C. 8. 31. — l. 19. C. 4. 32.; vgl. l. 1. C. 8. 33. Anders ist es, wenn die Hauptobligation durch einen vom Willen des Gläubigers unabhängigen Umstand erlöscht, daher das Fortbestehen des Pfandrechts nach ver-

hypothecaria und pignoratitia directa et contraria) gegeben. Es ist aber in Ansehung der directen Pfandklage die vorhin in not. 1. angegebene Eigenthümlichkeit zu beachten, daß sie noch dauern kann, während die Forderungsklage erloschen ist. Wie erklärt sich dies, während das Pfandrecht doch nur accessorischer Natur ist?

2) Auch durch eine mit der Forderung vorgegangene Novation muß consequent das Pfandrecht erlöschen, weil durch sie die Verbindlichkeit geendigt wird, an welche es sich gekettet hat, was jedoch durch eine ausdrückliche Reservation verhütet werden kann; l. 18. D. 46. 2. — l. 11. § 1. D. 13. 7. — l. un. C. 8. 27. — l. 3. l. 12. § 5. D. 20. 4. Ist diese aber nicht eingelegt worden, so entsteht hierbei eben so wie in allen Fällen des gänzlichen Erlöschens der Hauptforderung die Frage, ob das Pfandrecht dann ipso jure oder nur ope exceptionis erlösche?

3) Wenn dem Schuldner das Pfand vermacht worden ist, wird damit auch in Ansehung der Schuld selbst ein legatum liberationis angenommen?

4) Kann die Ehefrau sich während der Ehe, da sie sich doch ihrer Dotalrechte nicht begeben und auch keine gültige Schenkung an ihren Mann vornehmen kann, gleichwohl ihres Pfandrechts begeben?

---

jährter Schuldklage; remanet propter pignus obligatio naturalis; l. 59. D. 36. 1.; vergl. Büchel civilrechtl. Erörter. Bd. I. no. 1. S. 49., v. Vangerow Pand. Bd. I. S. 823. not. 1.

2) Auch von dem Grundsatz, daß durch Zusammentreffen des Eigenthums und Pfandrechts in einer Person das letztere erlöschen müsse, weil der Regel nach Niemand ein Pfandrecht an eigener Sache haben kann, gibt es Ausnahmen.

a) In manchen Fällen wird aequitatis causa die Fortdauer eines Pfandrechts in so fern angenommen, als dem Eigenthümer daraus Rechtsmittel zustehen, um sich gegen schlechtere Pfandgläubiger zu schützen; l. 17. D. 20. 4. — l. 3. C. 8. 19. — l. 1. C. 8. 20. — l. 30. § 1. D. 44. 2. — l. 6. D. 20. 5.

b) Dem Mündel wird, wenn der Vormund Sachen mit seinem Gelde angeschafft hat, die Wahl zwischen der act. hypothecaria und der utilis vindicatio gelassen, eben so der Ehefrau in Betreff der Dotalsachen, l. 30. C. 5. 12., und den Kindern in Betreff der im Fall einer zweiten Ehe an sie fallenden lucra nuptialia; l. 6. § 2. C. 5. 9.

5) Wenn mehrere Miteigenthümer ein Pfandrecht pro indiviso ertheilt haben, und der Gläubiger erläßt es dem Einen derselben, dieser erlangt aber in der Folge das Ganze, kann er nun auf das ganze Object schlechthin dem Gläubiger die Einrede der Erlassung entgegensetzen?
6) Kann die Einwillung des Pfandgläubigers in den Verkauf der ihm verpfändeten Sache als Verzicht auf das Pfandrecht angenommen werden? und geht es allemal dadurch verloren?
7) Wenn der Schuldner dem Pfandgläubiger erlaubt hat, das Pfand zu verkaufen, dieser aber verschenkt es hinterher, ist das Pfandrecht gleichwohl als erloschen zu betrachten?
8) Wenn der Pfandgläubiger dem Schuldner gestattet hat, die Sache um einen gewissen Preis zu verkaufen, dieser verkauft sie aber hernach unter diesem Preis, oder der Gläubiger hatte zwar eingewilligt, daß der Schuldner die Sache binnen eines bestimmten Zeitraums verkaufen dürfe, der Schuldner bringt aber erst nach dessen Ablauf einen Verkauf zu Stande, gilt in diesen Fällen das Pfandrecht noch als fortbestehend?
9) Bewirkt die Zurückgabe der Verpfändungsurkunde die Erlassung des Pfandes?
10) Lebt das Pfandrecht auf einer mit Einwilligung des Gläubigers veräußerten Sache alsdann wieder auf, wenn dieselbe vom Schuldner in der Folge wieder erworben wird?
11) Wenn ein Gehöfte, welches mir verpfändet war, abbrennt, von einem Dritten aber, welcher die area kaufte, ohne von meinem Pfandrecht etwas zu wissen, wieder aufgebaut worden ist, werde ich dann auch an dem neuen Gebäude mein Pfandrecht geltend machen können?
12) Es lassen sich mehrere Fälle denken, wo eine Sache von ihrem letzten Eigenthümer an ihren früheren Eigenthümer zurückfällt; z. B. a) durch Redhibition; b) durch das vom Verkäufer angehängte pactum displicentiae, oder wenn der Schenker seine Schenkung wegen Undankes des Donatars revocirt, oder wenn das Gegebene wegen Nichterfüllung des modus condicirt wird; c) in Folge eines vom Verkäufer bedungenen Reukaufs oder irgend einer Resolutivbedingung, z. B. der lex commissoria, des pacti addictionis in diem; d) in Folge der Rescission des Kaufs

wegen Verletzung über die Hälfte; wie ist dann die Frage zu entscheiden, ob die vom letzten Erwerber geschehene Verpfändung auch für den Rückerwerber der Sache verbindend bleibe oder nicht?

13) Wenn die verpfändete Sache in eine andere umgewandelt ist, bleibt das Pfandrecht darauf fortbestehen?

14) Die l. 9. pr. D. 20. 6. enthält folgenden Fall: A. hatte dem B., hernach dem C. sein Grundstück verpfändet; in der Folge verkaufte er es Beiden für die gesammte Summe, wofür er es vorher Jedem einzeln im Ganzen verpfändet hatte; es fragt sich nun, ob das Pfandrecht durch diesen Verkauf erloschen sey, oder ob die nunmehrigen Eigenthümer noch gegen einander die Pfandklage haben?

15) Gilt auch Einwilligung in die Verpfändung der Sache, an welcher ich ein Pfandrecht habe, für Verzicht auf dieses?

16) In wie fern kann das Pfandrecht durch Verjährung aufgehoben werden?

17) In welchem Zeitpunkte erlischt das Pfandrecht in Folge einer nothwendigen Subhastation der verpfändeten Sache?

18) Ist das Pfandrecht für aufgehoben anzusehen, wenn sich der Gläubiger in der Folge einen Bürgen stellen läßt?

Zu 1) Daß das Pfandrecht auch dann, wenn die Forderungsklage durch Verjährung erloschen ist, fortdauern könne, was zwar von Manchen bestritten ist, s. v. Löhr im civilist. Archiv Bd. X. S. 82., aber die Autorität der auf übereinstimmende Gesetzstellen begründeten gemeinen Meinung für sich hat, erklären Viele daraus, daß durch die Verjährung nur die Klage, nicht aber das Recht selbst untergehe, folglich noch eine obl. naturalis als Grundlage der Pfandklage übrig bleibe; s. Mackeldey Lehrb. d. röm. Rechts Bd. I. § 199. und die dort angeführte Literatur; Andere daraus, daß die hypothekarische Klage 40 Jahre lang dauere, während die act. personalis schon nach 30 Jahren erlösche; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. I. § 173. S. 379.; es dürfte aber die Betrachtung genügen, daß das Pfandrecht eine eigene selbstständige Klage erzeugt, und daß dieser Klage in den Gesetzen die Eigenthümlichkeit beigelegt ist: *suas conditiones* habet hypothecaria actio: i. e. si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet actio, s. Büchel civilr. Erörter. Bd. I. S. 49., welchem auch v. Vangerow Pand. Bd. I. § 151. S. 180. gefolgt ist.

Zu 2) Getreu seiner accessorischen Natur schmiegt sich das Pfandrecht auch in dieser Hinsicht an die Hauptverbindlichkeit an, und je nachdem diese schon durch das Gesetz oder erst durch Hülfe einer Einrede getilgt wird, hört auch das Pfandrecht entweder ipso jure oder ope exceptionis auf; s. Gesterding l. c. § 36.

Zu 3) In der Regel wird nur das Pfand für liberirt, die Schuld aber nicht für erlassen angenommen, wenn nicht bewiesen werden kann, daß des Testirers Absicht nicht blos auf Entlassung vom Pfandnexus, sondern auch auf Erlassung der Schuld gegangen sey; l. 1. § 1. D. 34. 3.

Zu 4) Das Gesetz erachtet die bloße Erlassung des Pfandrechts noch nicht für eine weibliche Intercession, l. 8. pr. D. 16. 1. — l. 11. C. 4. 29., daher auch keine eidliche Renunciation dabei nöthig ist; Glück P. C. Bd. XIX. § 1104. S. 414., Meißner vom stillschw. Pfandr. S. 427. Doch wirkt eine solche Entsagung nicht weiter, als zu Gunsten desjenigen Gläubigers, welchem sie gegeben ist; l. 21. C. 4. 29. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen solche Entsagung wird nur dann ertheilt, wenn die Frau beweisen kann, daß schon zur Zeit ihres Verzichts die Läsion, nämlich die Insufficienz des maritalischen Vermögens vorhanden gewesen sey; Mevii Dec. P. II. Dec. 130. Doch scheint die Praxis auch wohl noch milder zu seyn, wenn die Frau auf andere Art ihr Heirathsgut nicht wieder erlangen kann; Glück P. C. Bd. XIX. S. 415. not. 5., Boehmer novum jus controv. T. II. Obs. 101.

Zu 5) Die l. 8. § 3. u. 4. D. 20. 6. entscheidet hierüber, daß der Verzicht immer nur auf den zuvor besessenen Antheil desjenigen, welchem das Pfand erlassen wurde, zu beziehen sey, wenn auch der Gläubiger sich nur simpliciter seines Pfandrechts begeben hatte, daher der Gläubiger nicht vom Ganzen mit der Pfandklage abgewiesen werden könne; Glück l. c. S. 417., Gesterding l. c. § 37.

Zu 6) Creditor, qui permittit rem venire, pignus dimittit, sagt l. 158. D. 50. 17. — l. 4. § 1. D. 20. 6. — l. 8. § 6. 7. 11—18. eod.*) und das Pfandrecht erlischt hierdurch, auch wenn die

*) Dies ist auch als die herrschende Ansicht anzunehmen, obgleich einige bei Glück P. C. Bd. XIX. S. 431. angeführte Schriftsteller u. Vermehren im civilist. Archiv Bd. XIII. S. 33. dafür halten: wenn der Pfandgläubiger in eine weitere Verpfändung willige, so liege darin nur eine Aufgebung des Vorzugsrechts.

Sache dem neuen Erwerber noch nicht tradirt war; l. 8. § 12. D. 20. 6. Doch genügt hierzu nicht bloßes Schweigen des Gläubigers, l. 8. § 15. D. 20. 6. — l. 2. C. 8. 26., wofern er nicht durch öffentliche Vorladung zum Einspruch aufgefordert war, oder concludente Handlungen von seiner Seite vorliegen, z. B. wenn er, ohne überlistet worden zu seyn, die Verkaufsurkunde mit unterschreibt; l. 8. § 15. D. 20. 6. Kommt indessen der Verkauf, zu welchem er seine Einwilligung gegeben hat, nicht zu Stande, oder er wird rückgängig, so bleibt sein Pfandrecht im Fortbestand, l. 10. pr. D. 20. 6., sowie auch, wenn der Gläubiger eingewilligt hat, daß der Schuldner Jemandem das Pfand vermache, und dieser das Vermächtniß ausgeschlagen hat; l. 8. § 11. D. 20. 6.

Zu 7) Dieser Fall wird in l. 8. § 13. D. 20. 6. dahin entschieden, daß das Pfand fortdauere, wenn der Gläubiger ein Interesse dabei hatte, daß nur die von ihm bewilligte und keine andere Art der Veräußerung vor sich gehe. Er konnte z. B. in den Verkauf blos als Mittel zu seiner Befriedigung gewilligt haben. Hätte er aber umgewandt in das Verschenken der Sache eingewilligt, dann könnte er, wenn hinterher der Schuldner die Sache verkauft hätte, kein Interesse haben.

Zu 8) Diese Frage entscheidet bejahend l. 8. § 14. u. 18. D. 20. 6., vergl. Gesterding Pfandr. S. 298.

Zu 9) Sowie die Zurückgabe des Pfands eine Aufhebung der Pfandverbindlichkeit involvirt, wenn der Gläubiger nicht beweisen kann, daß sie zu einem andern Zweck geschehen sey, l. 3. D. 13. 7. — l. 9. C. 8. 26., so wird auch die Pfandverbindlichkeit als erlassen angenommen, wenn der Gläubiger dem Schuldner die Handschrift über die contrahirte Pfandverbindlichkeit zurückgibt; l. 2. § 1. l. 3. D. 2. 14. — l. 7. C. 8. 26., Gesterding l. c. § 37., Glück l. c. Bd. XIX. S. 418.

Zu 10) Verneinend entscheidet l. 8. § 7. u. 8. D. 20. 6. — l. ult. C. 8. 26. Selbst das allgemeine Pfandrecht ergreift diejenige Sache nicht wieder, welche mit Einwilligung des Pfandgläubigers verkauft war, wenn sie gleich der Schuldner nach der Veräußerung wieder erwirbt. Dagegen, wenn eine erloschene Forderung in integrum restituirt wird, so lebt deren Pfandrecht wieder auf; l. 10. § 1. D. 4. 2. — l. 27. § 2. l. 50. D. 4. 4., Sintenis Civilr. Bd. I. S. 650.

Zu 11) Das Pfandrecht bleibt fortwährend auf der area haftend, und nach den Grundsätzen der Accession fällt auch dasjenige, was darauf gebaut worden ist, in das Gebiet meines Pfandrechts, l. 35. D. 20. 1. — l. 21. D. 13. 7., aber ich muß dem Käufer, wenn er bona fide er-

worden hat, die Baukosten und den Mehrwerth des neuen gegen das alte Gebäude vergüten; l. 29. § 2. D. 20. 1.

Zu 12) Aeltere Rechtslehrer hielten die Entscheidung von der Vorfrage abhängig, ob das Eigenthum ipso jure und ohne daß es einer neuen Handlung des Rückerwerbers bedarf, an diesen zurückfällt, oder ob dieser nur ein persönliches Recht auf Rückerwerbung der Sache habe; Vinnius in sel. qu. Lib. II. c. 5., Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 6. § 8. Dagegen hat Gesterding in der Lehre vom Pfandrecht § 39. gezeigt, daß diese Distinction nicht durchgreifend sey, sondern daß es vielmehr nur darauf ankomme, ob das Zurückgehen des Eigenthums an den vorigen Besitzer auf einer freiwilligen und willkührlichen Handlung des neuen Eigenthümers, oder ganz unabhängig von seiner Willkühr in einer gesetzlichen Röthigung sich gründe. Im ersten Fall, mithin zu a. und b., bleibt nach l. 3. D. 20. 6. das Pfandrecht, welches der neue Eigenthümer der Sache constituirte, bestehen,*) im andern Fall zu c. wird es wirkungslos, und zu d. käme es darauf an, ob der Käufer oder der Verkäufer das Geschäft aus diesem Grund umgestoßen hat; Voet l. c. § 9. Diese Ansicht, welcher auch Glück l. c. Bd. XIX. S. 440., Bd. XX. S. 78. beigetreten ist, findet sich in den Gesetzen gerechtfertigt; l. 4. § 3. D. 18. 2. — l. 3. l. 4. pr. D. 20. 6. — l. 43. § 8. D. 21. 1., Thibaut System § 199., Mühlenbruch Pand. § 406., Entsch. d. geh. Obertribunals in Berlin Bd. IX. S. 428. vergl. Bd. III. Kap. 9. a. E. Jedoch wird beim commissorischen Vertrag die Resolvirung nur dann ex tunc angenommen, wenn sie ausdrücklich in dieser Art bedungen ist, außerdem die vom Käufer inzwischen bestellten Hypotheken wirksam bleiben; Glück P. C. Bd. VIII. S. 77., Zimmern im civilist. Archiv Bd. V. S. 238., Fritz daselbst Bd. VIII. S. 294., Schwarze u. Heyne Untersuchungen S. 273.

Aus den vorgetragenen Grundsätzen folgt die Unwirksamkeit des vom neueren Besitzer ertheilten Pfandrechts, wenn dieser sein Eigenthum oder Recht an der Sache aus einem nichtigen Rechtsgeschäft ableitet, und zwar in gewissen Fällen selbst dann, wenn der Vorbesitzer erst einer restitutio in integrum bedarf, um wieder zu seiner Sache zu gelangen;

*) Eine Ausnahme findet Statt, wenn der einer Schenkung beigefügte modus darin bestand, daß der Donatar Jemandem Alimente präſtiren sollte. Hier berechtigt nämlich die Nichterfüllung den Geber nach l. fin. C. de donat. quae sub modo (8. 55.) zu einer utilis vindicatio.



in solchen Fällen nämlich, wo die Gesetze ihn berechtigen, die Sache auch von jedem Dritten zurückzufordern, z. B. durch die actio metus causa, weil sie auch gegen den Dritten geht, l. 14. § 3. u. 5. D. 4. 2. — l. 3. C. 2. 20. — desgl. in Folge der act. inofficiosi testamenti, weil sie eine dingliche Klage ist, l. 21. § 2. l. 27. § 3. D. 5. 2. — so auch in Restitutionsfällen der Minderjährigen, im Fall der dritte Besitzer die Art, wie sein Contrahent die Sache erworben hatte, gekannt hat, oder wenn der minor von diesem keine Entschädigung erlangen kann, oder ein wesentliches Interesse dabei hat, nicht den bloßen Werth, sondern die Sache selbst wieder zu erlangen; l. 9. pr. l. 13. § 1. l. 14. l. 15. D. 4. 4. — ferner in Folge der act. Publiciana rescissoria, durch welche der Eigenthümer gegen den, welcher die Sache usucapirt und solche verpfändet hat, in den vorigen Zustand zurückgesetzt und die Usucapion zufolge § 5. J. 4. 6. so aufgehoben wird, wie wenn die Sache nie usucapirt gewesen wäre; Bolley v. d. öffentl. Unterpfändern S. 40. ꝛc. Parallel gehen alle Fälle, wo der Verpfänder nur ein untergeordnetes Recht hatte, welches seiner Natur nach unter gewissen Umständen erlöschen mußte (wie bei der emphyteusis, superficies, ususfructus), oder ein bedingtes, wie z. B. wenn der Erbe Sachen, welche unter einer Bedingung legirt waren, verpfändet, und die Bedingung eintritt, das Pfand aufgehoben werden muß; . 13. § 1. D. 20. 1. — l. fin. § 3. C. 6. 43.

Zu 13) Die l. 18. § 3. D. 13. 7. u. l. 16. § 2. D. 20. 1. führen auf folgende Grundsätze. Umgestaltung einer Sache, auf welcher Unterpfänder haften, ist ohne Einfluß auf das Pfandrecht, so lange als die Sache eben dieselbe bleibt; z. B. die area bleibt, auch wenn da, wo vorher ein Haus stand, ein Garten daraus gemacht wird, wird aber ein Wald umgehauen, und das Holz zu irgend einem Bau verwendet, so ist eine andere Sache entstanden, und diese kann dem Pfandrecht, welches mir an dem Walde zustand, nicht unterworfen seyn; l. 18. § 3. D. de pign. act. Wenn gesagt ist, daß das Pfandrecht untergehe, wenn die verpfändete Sache eine Specification erleidet, s. Sintenis pr. Civilr. Bd. I. § 76. not. 6., so wird darunter eine solche Veränderung verstanden, in Folge deren die Sache aufhört, das zu seyn, was sie zuvor war, und in eine andere Art von Sachen übergegangen ist; s. Glück P. C. Bd. XIX. S. 437. et ibi alleg. Dagegen bleibt das Pfandrecht bestehen, wenn ich aus einem silbernen Präsentirteller eine Kaffeekanne, oder aus einer Goldmasse einen Pokal verfertigen lasse, denn es bleibt immer ein silbernes resp. goldenes Gefäß; s Voet Comm. ad Pand. Lib. 20. tit. 6. no. 14., Höpfner Inst. Comm.

33*

§ 720., **Walch** D. de jure creditoris mutata re oppignorata Jen. 1769., vergl. die Lehre v. d. Specification.

Zu 14) Die Entscheidung geht dahin: daß das Pfandrecht erloschen sey, und in Folge des Kaufs nur beiderseitiges Eigenthum bestehe. Das Gesetz nimmt als zureichenden Grund an, daß, indem Beide die Sache zusammen in solidum kauften, Jeder ipso facto in den Verkauf der ganzen Sache an den Andern gewilligt habe, wodurch das Pfandrecht nothwendig aufhören mußte, s. **Gesterding** l. c. § 40., ohne daß man mit **Westphal** im Pfandrecht § 242. not. 274. anzunehmen brauchte, das Pfandrecht des Einen habe rücksichtlich seines eigenen Antheils an der Sache durch Confusion, und an dem Antheil des Andern zufolge der Einwilligung in den Verkauf aufgehört.

Zu 15) Vermöge l. 12. pr. § 4. D. 20. 6. und l. 9. § 1. D. eod. pflegt man es für einen Verzicht auf mein Pfandrecht an einer Sache zu erklären, wenn ich in deren Verpfändung an einen Andern willige, und wenigstens eine rechtliche Vermuthung dafür zu statuiren; s. **Gesterding** l. c. § 37., **Lauterbach** Coll. th. pr. ad Pand. Lib. 20. tit. 6. § 9., **Mevii** Dec. P. V. Dec. 72., **Hofacker** Princ. jur. civ. T. II. § 1227. Das Gegentheil lehrt **Leyser** Sp. 233., Med. 3. u. 4. Allerdings ist aus l. 12. § 4. eod. wohl abzunehmen, daß die Intention mehr dahin zu vermuthen wäre, ut ordo servetur, ut prior creditor secundo loco constituatur, als ut discedatur a pignore. Immerhin wird es nur quaestio facti bleiben, im Zweifel aber nach der bekannten Regel: in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est quam tutius nur anzunehmen seyn, daß der in eine anderweite Verschreibung seiner Hypothek einwilligende Gläubiger nicht sein Pfandrecht selbst, sondern nur sein Vorzugsrecht aufgegeben habe; s. Gebr. **Overbeck** Meditt. Bd. I. no. 24.

Zu 16) In Hinsicht auf Verjährung kommen zweierlei Verhältnisse in Betracht:

a) die actio pignoratitia directa, welche der Schuldner gegen den Gläubiger, nachdem er Letzteren bezahlt hat, auf Zurückgabe des Pfands anstellt. Viele Rechtsgelehrte halten diese Klage für verjährbar; sie sagen, alle Klagen erlöschen in einem der Regel nach 30jährigen Zeitraum, und die Gesetze machen davon bei der act. pignoratitia keine Ausnahme; s. **Leyser** Vol. 7. Spec. 462. Med. 18., **Glück** P. C. Bd. XIV. § 875. S. 169. allein wir müssen diese Meinung, da sie mit den Grundsätzen des canonischen Rechts durchaus unvereinbarlich ist,

aus den schon im Bd. I. von der Dauer, insbesondere Verjährung der Klagen S. 188. Fr. 5. angeführten Gründen verwerfen, indem hier der Verjährende unmöglich in bona fide seyn kann, diese aber bei der Extinctivverjährung zwar in der Regel nicht, wohl aber dann nothwendig erfordert wird, wenn die Klage auf Restitution einer unrechtmäßig besessenen Sache gerichtet ist; s. v. Savigny System d. R. R. Bd. V. S. 331. Wir stimmen daher denjenigen Rechtsgelehrten bei, welche die act. pign. directa für unverjährbar, vielmehr, so lange die Schuld nicht bezahlt ist, für fortdauernd erklären; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 194., Kori Theorie der Verjährung S. 171., Schmidt Diss. de praescr. act. pign. dir. § 45. Jenae 1756., in so weit diese Klage auf Restitution des gegebenen Pfandes und nicht etwa nur auf Nebenforderungen, z. B. Entschädigungs-Ansprüche, gerichtet ist. Dies ist auch gewiß der wahre und uneingeschränkte Sinn der deutschen Parömie: „Versatz verjährt nicht." Wenn man aber diese Klage in irgend einer Beziehung für verjährbar ansehen dürfte, so könnte man am wenigsten denjenigen Rechtsgelehrten beistimmen, welche den Lauf der Verjährung vom Tag der Unterpfandsbestellung schon beginnen lassen, weil der Schuldner nicht 30 Jahre hätte verstreichen lassen sollen, ohne sich durch Zahlung von dem Pfandnexus zu befreien; s. Westphal Pfandrecht § 259., Cocceji J. C. Lib. 13. tit. 7. qu. 19., sondern denjenigen, welche den Lauf der Verjährung erst vom Moment der Tilgung der Schuld an rechnen; denn früher war ja nicht actio nata, und da der Gläubiger nur pro alieno besitzt, so stände ihm entgegen, quod nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest. Dafür hat sich auch die gemeine Meinung entschieden; s. Leyser Vol. III. Sp. 155. Med. 9., Glück P. C. Bd. XIV. S. 171. und die vielen in not. 50. angeführten Autoritäten.

b) Die act. hypothecaria, mittelst welcher der Gläubiger jeden Besitzer auf Abtretung des Pfandes oder Zahlung der Schuld belangt. Hier kann die Frage entstehen:

I. Kann dem Kläger eine Usucapion der verpfändeten Sache entgegenstehen? Von Seite des Pfandschuldners gewiß nicht; l. 13. pr. D. 41. 3.; denn wie wäre da dem Pfandschuldner bona fides möglich? l. 1. C. 7. 36. — Selbst wenn die Schuldklage verjährt ist, soll, weil doch noch eine obligatio naturalis übrig bleibt, das Pfandrecht fort-

dauern; l. 2. C. 8. 31. intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota. cf. l. 14. § 1. D. 20. 1., s. Glück P. C. Bd. XIII. S. 100. u. 380., Bd. XX. S. 162., Mackeldey Lehrb. Bd. I. § 199. d. — Ein Dritter hingegen kann sich allerdings gegen die Abforderung der zum Unterpfand bestellten Sache mit der longi temporis praescriptio schützen, wenn er in bona fide ist, nämlich wenn er weder bei der Erwerbung, noch (nach canon. Recht) während der ganzen zur Ersitzung erforderlichen Zeit wußte, daß die Sache mit einem Pfandrecht belastet sey. In so fern kann selbst der Erbe des Verpfänders nach l. 5. D. 44. 3. sich durch die possessio longi temporis schützen, wenn er die von seinem Erblasser zum Unterpfand bestellte und in der Folge verkaufte Sache dem Käufer derselben wieder abkauft, weil er da in die Stelle des Dritten und nicht in die des Verpfänders tritt. In Tafels auserlesenen Civilrechtssprüchen der höheren Gerichtsstellen in Würtemberg Bd. I. H. 2. no. 30. S. 171. wurde selbst der Erbe als Besitzer in gutem Glauben anerkannt, weil er, obgleich seine Vorfahren zur Zeit der Erwerbung der verpfändeten Sache das darauf haftende Pfand gekannt hatten, doch nach einem 30jährigen Zeitablauf sich auf justam et probabilem opinionem berufen konnte, daß der Pfandgläubiger auf dieses Pfandrecht Verzicht geleistet habe.

II. Geht die hypothekarische Klage durch die 30—40jährige Extinctiv-Verjährung unter? Darüber ist, wie die eben angeführte Entscheidung zu erkennen gibt, im Allgemeinen kein Zweifel vermöge l. 7. C. 7. 39. Doch sind die Zeiträume verschieden. Es werden nämlich

a) 30 Jahre erfordert, wenn ein dritter Besitzer der verpfändeten Sache,*)

b) 40 Jahre, wenn der Pfandschuldner sich gegen die hypothekarische Klage durch Verjährung schützen will,

*) Die Verjährung der Pfandklage beginnt auch für den dritten Besitzer mit dem Momente, wo für den Schuldner und seine Erben die Verjährung von 40 Jahren beginnt, was nach der Lehre Webers v. d. nat. Verb. § 110. und 111. zu bestimmen ist. Man darf nicht mit Unterholzner Verjährungslehre Bd. II. S. 225. verlangen, daß, um dem dritten Besitzer die Berufung auf 30jährige Verjährung einzuräumen, er anzuführen habe, daß er und andere, ebenfalls dritte, Besitzer so lange das Pfand unbeunruhigt besessen hätten; l. 7. § 2. C. 7. 39. handelt nur von dem singulären Fall, wenn ein nachstehender Pfandgläubiger sein Pfandrecht geltend machen will. Die hinzugefügte Motivirung läßt sich nicht auf ein Princip, das allgemein anwendbar, oder mit l. 7. § 1. C. 7. 39. in Einklang zu bringen wäre, zurückführen; s. Erkenntn. d. O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. m. Rechtsf. 1852. S. 217.

c) 30jähriger Besitz nach dem Tod des Schuldners, wenn ein nachstehender Pfandgläubiger sich gegen den vorgehenden durch Verjährung schützen will, während aber der Schuldner lebt, ein 40jähriger Zeitraum, so auch wenn der jüngere Pfandgläubiger sich etwas von dem Zeitraum zurechnen will, welcher bei Lebzeiten des Schuldners stattgefunden hat; l. 7. § 2. 3. C. 7. 39., Unterholzner gesammte Verjährungslehre Bd. II. S. 284., Gesterding Pfandrecht S. 354.

Daß die Verjährung hier von dem Zeitpunkt anfängt, in welchem der Verjährende zum Besitz des Unterpfands gelangt ist, unterliegt wohl keinem gegründeten Zweifel, wie Unterholzner l. c. S. 283. bemerkt; s. auch Gesterding l. c. S. 356.

Zweifelsfrei ist endlich auch, daß dadurch, daß ein Dritter die mit dem Pfandrecht behaftete Sache durch Usucapion erwirbt, dasselbe eben so wenig alterirt wird, als in der Person eines Käufers; l. 44. § 5. D. 44. 3. — l. 7. C. 8. 14.

Zu 17) Das Pfandrecht wird zwar durch rechtmäßige Veräußerung der Sache geendigt, l. 6. l. 8. C. 8. 26., aber nicht eher als mit Erlegung des Kaufschillings von Seite des Erstehers und dadurch bewirkter Befriedigung des Pfandgläubigers; Leyser Vol. IV. Sp. 236. Med. 4., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 5. th. 16. not. 3, v. Hartitzsch Entscheidungen no. 310.

Zu 18) Einige Gesetzesstellen scheinen zwar die bejahende Meinung zu rechtfertigen, besonders l. 14. D. 20. 6. u. l. 9. § 3. D. 13. 7. in Verbindung mit l. 6. pr. D. 20. 6. u. l. 52. D. 46. 3., allein der Sinn derselben ist wohl kein anderer, als daß die Begebung des Pfandrechts alsdann angenommen wird, wenn sich der Gläubiger auf andere Weise befriedigt findet, was aber in der Annahme eines Bürgen nicht nothwendig und von selbst liegt; Thomasius D. de remissione pignoris vel hypothecae per accept. chirographi novi aut fidejussoris. § 8. etc., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 231.

Zweite Abtheilung.

E r b r e c h t.

Kapitel I.

Allgemeine Grundsätze.

Durch den Tod*) einer Person kommt ein Inbegriff von Sachen und Rechten als ein für sich bestehendes, durch eine rechtliche Fiction den Verstorbenen l. 34. D. 41. 1. — § 2. J. 2. 14. — l. 31. § 1. D. 28. 5., eventuell aber nach l. 24. D. 46. 2. — l. 54. D. 29. 2., schon den künftigen Erben repräsentirendes Vermögensganzes zur Erscheinung, welches die Gesetze nicht rechtlos lassen können. Während des Intervalls, welches zwischen dem Anfall und der wirklichen Erwerbung der Erbschaft von Seite eines Erben durch deren Aneignung liegt, muß daher diese universitas rerum, s. l. 37. D. 29. 2., selbst als ein Rechtssubject gelten, und eine interimistische Vertretung durch obrigkeitliche Aufstellung eines

*) Von der Succession in das Vermögen eines Verschollenen s. Bd. I. S. 252. Fr. 8. Den dort angeführten Autoritäten, für den Grundsatz, daß erst mit Ablauf seines 70sten Lebensjahres die Succession in sein Vermögen eintreten, und auf keinen früheren Zeitpunkt zurückgerechnet werden könne, ist noch beizufügen: Gesterding Ausbeute v. Nachforschungen Th. I. S. 338., Th. VI. Abth. 2. S. 207., Glück v. d. Intestaterbfolge S. 7., Gmelin und Elsässer gemeinnützige juristische Beobachtungen u. Rechtsfälle Bd. IV. S. 168. u. 176., Koch Diss. utrum Successio absent. fiat ex nunc an ex tunc, Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1682. not. e., Schmidt hinterl. Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. no. 39., Leyser Med. Vol. II. Sp. 96. Med. 6., Behmer novum jus controv. T. II. Obs. 98., vergl. auch unten Kap. VI. § 1. Fr. 5. u. 6. und einen besonderen Fall, wo nach der Verschollenheitserklärung die wirkliche Zeit des Todes offenbar wurde, s. Zu-Rhein u. Sartorius Rechtsfälle Bd. I. S. 13., Bd. II. S. 147.

Curators bewirkt werden, welche aber sogleich aufhören muß, nachdem sich ein Erbe legitimirt hat; — denn daß hier und da dieserhalb ein contentioses Verfahren zwischen dem Erbschafts-Prätendenten und dem Curator formirt wird, tadelt Schweppe im röm. Privatr. Bd. V. § 779. mit Recht als einen Mißbrauch, so auch Strippelmann neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des O. A. G. zu Cassel Thl. I. no. 26. u. 29.

1) Wenn wir nun in der hereditas jacens, welche so lange dauert, bis eine Erbschaftsantretung erfolgt, ein Rechtssubject anzuerkennen haben, demselben aber doch nicht alle Vermögensrechte und Verbindlichkeiten zugeschrieben werden können, so fragt sich besonders, ob die hereditas jacens fähig sey, zu besitzen und Rechte zu erwerben?

2) Kommen die 9 sogenannten Trauertage blos den Erben oder auch andern Verwandten gegen was immer für Forderungsklagen zu Statten?

3) Indem unter der Erbschaft successio in omne jus, quod defunctus habuit, verstanden wird, l. 3. pr. § 1. D. 37. 1. — l. 24. l. 119. l. 208. D. 50. 16. — l. 50. pr. D. 5. 3. — l. 62. D. 50. 17. fragt sich, ob denn alle Sachen und Rechte des Verstorbenen vererbt werden können, oder welche nicht?

4) Die nächste Frage richtet sich sofort an die Successionsfähigkeit *); insbesondere:

a) ist die über die Kinder — nicht auch Enkel — und vorzüglich über die Söhne der Hochverräther in l. 5. C. ad L. Jul. majest. (9. 8.) verhängte Successionsunfähigkeit noch als geltendes Recht zu betrachten? desgleichen

b) die in l. 1. C. de secundis nuptiis (5. 9.) ausgesprochene Erbunfähigkeit der Wittwe, welche sich noch innerhalb des Trauerjahrs wieder verheirathet (was denn auch nach Nov. 39. c. 2. von der in dieser Periode geschwängerten Wittwe gälte), oder auch derjenigen, welche, bevor sie Rechnung gelegt und einen Vormund erbeten hat, eidlicher Versicherung entgegen, zur zweiten Ehe schreitet?

---

*) Eine besondere Erörterung de successione furioso delata, s. Tätzinger crit. Zeitschr. Bd. II. S. 177., von der bonorum possessio furiosi nomine v. Vangerow im civilist. Archiv Bd. XXX. S. 1.

c) ob Pasquillanten zufolge l. 21. pr. D. 22. 5. — l. 26. D. 28. 1. — l. 5. § 9. D. 47. 10. — Theoph. Paraphr. Lib. II. tit. 10. § 6. als successionsunfähig zu betrachten seyen?

d) Sind collegia und universitates ohne Unterschied rechtlich befähigt, eine testamentarische Erbschaft zu erwerben?

e) Daß den zwar noch nicht geborenen aber doch schon erzeugten Kindern das gesetzliche Erbrecht zuzugestehen sey, leidet wohl keinen Zweifel, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur, l. 7. D. 38. 16. — ob aber auch später erzeugten und geborenen?

Bei der testamentarischen Erbschaft insonderheit fragt sich, wie folgender Fall zu entscheiden sey: A. errichtete ein Testament, in welchem er unter andern Zweigen seiner Verwandtschaft auch den sämmtlichen Kindern seines Bruders B. einen Erbtheil von 20,000 Thlrn. zuwandte, dergestalt, daß derselbe nicht an ihren Vater, sondern an die seinen Kindern gesetzten Vormünder ausgezahlt werden sollte. Ein Jahr nach des Testirers Tod wurde dem B. noch eine Tochter geboren; kann diese nun auch einen Antheil an den 20,000 Thlrn. in Anspruch nehmen?

5) Zu welcher Zeit muß die Successionsfähigkeit vorhanden seyn, um ab intestato oder aus einem Testament erben, desgleichen ein bedingtes oder unbedingtes Legat erwerben zu können?

6) Kann das bei Nachlaßverträgen gestattete Zwangsrecht der Majorität der Erbschaftsgläubiger, gegen deren Minorität von demjenigen Erben, welcher die Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten hat, geltend gemacht werden?

7) Bei der Wichtigkeit des Unterschieds zwischen Universalsuccession, welche immer das Vermögen als eine universitas oder als ein ideelles Ganzes, es sey nun im Ganzen oder einen ideellen Theil, immer aber also die Einzelnheiten nur mittelbar erfaßt, und der Singularsuccession, welche nur Einzelnheiten zum Gegenstand hat, daher der Singularsuccessor auch nur die auf dem einzelnen Gegenstand haftenden Lasten (onera rei) zu übernehmen hat, wie z. B. der legatarius und fideicommissarius singularis, kommt besonders in Frage, ob die donatio omnium bonorum, vorzüglich wenn

sie mortis causa geschieht, zu den Fällen der Universalsuccession zu zählen sey?

8) Daraus, daß sui heredes*) ohne Adition ipso jure Erben werden, entsteht, im Fall sie diese Eigenschaft verneinen, die Frage über die Beweislast, ob nämlich der Nachlaßgläubiger beweisen müsse, daß sich der suus immiscirt habe, oder dieser, daß er vom beneficio abstinendi Gebrauch gemacht habe? vergl. folgendes Kap. VI. § 1. Fr. 1. u. 1. a.)

9) Ist auch derjenige den Erbschaftsgläubigern verhaftet, welcher eine ihm deferirte Erbschaft gegen Bezahlung einer gewissen Summe oder gegen einen andern Vortheil ausschlägt?

10) Es geschieht nicht selten, daß Kinder von ihren Eltern rücksichtlich ihres künftigen Erbtheils schon bei Lebzeiten der Eltern abgefunden werden, daher die Frage entsteht, ob eine solche anticipirte Erbschaft auch die Verbindlichkeit der Abgefundenen für die sich seiner Zeit ergebenden, den Nachlaß übersteigenden Schulden zur rechtlichen Folge habe?

11) Sind Erbschaftsstreitigkeiten der Juden nach Mosaischem Recht und Ritualgesetzen oder nach gemeinem Recht zu entscheiden?

Zu 1) Eigentlich könnte wohl der Erbschaft kein Besitz zugeschrieben werden, aber die Praxis betrachtet denjenigen, welcher für sie possessorische Rechtsmittel gebraucht, welche sich auf den Besitz des Erblassers gründen, als negotiorum gestor oder procurator des künftigen Erben, dessen Recht, wenn er die Erbschaft antritt, regelmäßig bis auf den Tod des Erblassers zurückbezogen wird; l. 54. D. 29. 2. — l. 138. pr. l. 193. D. 50. 17. Es ist daher keinem Bedenken unterworfen, daß die hereditas jacens durch den Curator, welcher ihr so lange beigegeben wird, als entweder kein Erbe aufgetreten oder dieser noch in deliberatione begriffen ist, Besitz erwerben könne; l. 3. D. 27. 10. — l. 8. D. 42. 4., Schweppe röm. Privatr. Th. V. § 779., v. Savigny

---

*) D. i. solche, welche der Gewalt des Erblassers unterworfen waren; im Gegensatz der extranei heredes, nämlich solcher, welche es nicht waren, mithin erst durch einen eigenen Willensact eine Erbschaft erwerben konnten, s. Kap. VI. § 1. — wozu, abgesehen von besonderen Vorschriften des Testators, jede formlose Erklärung, und selbst eine stillschweigende durch Handlungen, pro herede gestio genügt. Eine Zeitfrist ist im Allgemeinen nicht vorgeschrieben, auf Anbringen anderer Interessenten aber wird ein tempus deliberandi gegeben.

Recht d. Besitzes § 26. a. E. Sie kann auch Rechte erwerben, z. B. durch Accession, l. 20. § 3. l. 25. § 20. l. 27. D. 5. 3., durch Vollendung einer angefangenen Ersitzung, l. 30. pr D. 4. 6. — l. 31. § 5. l. 40. D. 41. 3., mithin in so weit, als nicht die Ausübung und Erwerbung eines Rechts die Existenz einer physischen Person und deren Handlung schlechterdings erfordert; l. 61. D. 41. 1. In der Natur der Sache liegt es auch, daß sie nicht wie andere juristische Personen einen ususfructus erwerben kann; l. 61. § 1. D. 41. 1. — l. 26. D. 45. 3. Auch kann sie nicht, wohl aber der künftige Erbe als incerta persona zum Erben eingesetzt werden; § 7. J. 2. 20., v. Savigny System d. h. R. R. Bd. II. S. 365. rc., Arndt im Rechtslex. Bd. IV. S. 4.

Die hereditas kann z. B. keine Personalservitut erwerben, weil eine solche nothwendig eine Person voraussetzt, welche sich dieselbe constituiren läßt. Sie kann auch keine Erbschaft erwerben*), dies schon deswegen nicht, weil sie den Verstorbenen repräsentirt, ein solcher aber nicht zum Erben eingesetzt werden kann, aber auch darum nicht, weil zur Erbschaftsantretung eine Handlung nöthig ist. Eine Handlung kann aber nicht von ihr gefordert werden, deshalb kann sie auch nicht in eine mora fallen. Die mora des Erblassers wird vielmehr durch den Tod unterbrochen, und schadet also dem Erben vor der Erbschaftsantretung nicht; l. 5. § 20. D. 36. 4., Glück P. E. Bd. VI. S. 533.

Gleichwohl aber kann die hereditas jacens eine vom Verstorbenen angefangene Usucapion fortsetzen und vollenden; l. 31. § 5. l. 40. l. 44. § 3. D. 41. 3.

Zu 2) Nach Nov. 115. c. 5. sollen nicht blos die Erben des Verstorbenen, sondern auch seine Verwandten, hinterlassener Gatte, Verschwägerte und seine Bürgen, während der 9 Trauertage nicht in Anspruch genommen werden, und zwar nicht nur nicht von den Erbschafts-, sondern von gar keinen Gläubigern, s. Grolmann Magazin f. d. Philosophie des Rechts rc. Bd. IV. no. 8. Diese den Erben eingeräumte Begünstigung coincidirt in ihrer Hauptwirkung, sowie das durch das Sächsische Landr. Bd. I. Art. 22., Bd. III. Art. 15. und den Schwabenspiegel Kap. 263. eingeführte Recht des Dreißigsten, s. Wiesand jurist. Handb. s. v. Dreißigste, Du Fresne Glossarium s. v. tricesim., Schröter Abhandl. I. S. 379., Beseler die

*) Die Ausnahme in Ansehung des servi hereditarii § 2. J. 2. 14. — l. 52. D. 28. 5. cf. Mühlenbruch Forts. v. Glücks P. E. Bd. XXXIX. S. 223, kommt h. z. T. nicht mehr in Betracht.

ehelichen Erbrechte § 22. mit der Bestimmung der l. 22. § 7. C. de jure delib. Wenn sich gleich das Recht des Dreißigsten blos in einigen Particularrechten Deutschlands erhalten hat, s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. § 145., so findet man doch eine Nachwirkung davon in der fast durch ganz Deutschland herrschenden Gewohnheit, daß das, was zum Lebensunterhalt gehört, nebst dem gewöhnlichen Haus- und Küchengeräth von der Versiegelung frei gelassen, das Gesinde binnen dieser Zeit nicht abgeschafft, dringende Fälle ausgenommen, vor 4 Wochen nicht inventirt wird, und was der überlebende Ehegatte am Tag der Inventur an sich trägt, der Schätzung und Theilung nicht unterworfen ist; s. Estor teutsche Rechtsgelahrtheit Th. II. § 3251—3258., Heydemann die Elemente der Joachimischen Constit. v. 1527. S. 215., Berlin 1841.

Zu 3) Ausgenommen sind jura personalissima, z. B. Rechte aus Familienverhältnissen, persönlichen Privilegien, so auch das Recht des Gerichtsstands des Erblassers, wenn nicht die Sache schon bei seinen Lebzeiten da anhängig geworden ist, l. 34. D. 5 1. — Mühlenbruch Lehrb. d. P. Bd. III. § 610.; ferner persönliche Servituten, in so fern sie nicht ausdrücklich auf die Erben erstreckt sind; l. 14. C. de usufr. 3. 33., ganz persönliche Verträge, wie Societät, Bevollmächtigung; so auch das Recht, eine dem Erblasser angefallene Erbschaft anzutreten, denn dieses Recht steht nur demjenigen zu, welchem die Erbschaft deferirt ist, l. 151. D. 50. 16., nicht aber dem Erben, soweit nicht ein Transmissionsrecht eintritt, s. unten Kap. V. § 1.

Von den activ-transitorischen und nicht transitorischen Klagen ist bereits im Bd. I. S. 173. Fr. 1. gehandelt worden.

Zu 4) Mehrere Rechtslehrer betrachten das

zu a) angeführte Gesetz als h. z. T. noch geltend; s. Feuerbach peinl. Recht § 169., Grolmann Grds. d. Criminalr. § 332., Roßhirt Erbrecht § 59. no. 3., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 404. und theilen sich noch in zweierlei Meinungen darüber, ob auch die Kinder im Gesetz begriffen seyen, welche zur Zeit des von ihrem Vater begangenen Hochverraths noch gar nicht geboren waren. Man möchte sich aber wohl geneigter finden, denjenigen beizustimmen, welche ein so unmenschliches, gewiß keinem christlichen Regenten entsprechendes Gesetz als antiquirt betrachten, denn daß Kaiser Karl IV. noch in der goldenen Bulle eine Anwendung davon auf Verschwörungen gegen das Leben der Kurfürsten gemacht hat, ist jetzt ohne Bedeutung, und in die Const. crim. Carolina ist es nicht übergegangen; der Art. 124. enthält davon nichts, und der Art. 218. bestätigt nur noch die Confiscationsstrafe.

Wenn aber gegen diese Ansicht, welcher Mühlenbruch in der Forts. von Glücks P. C. Bd. XXXIX. S. 246., Puchta im Lehrbuch d. P. § 441. lit. b., Matthaei de criminibus Lib. 48. tit. 2. no. 10. beipflichten (vergl. übrigens Kleinschrod im Archiv d. Criminalrechts Bd. II. St. 2. S. 45.), die Anwendbarkeit der l. 5. C. ad leg. Jul. majest. (9. 8.) noch geltend gemacht würde, so dürfte man wenigstens diese Erbunfähigkeit nicht zum Vortheil des Fiscus, sondern der Intestaterben auszulegen geneigt seyn; s. Mühlenbruch l. c., v. Vangerow l. c.

Zu b) Die Ausschließung derselben von jeder testamentarischen Succession und die Beschränkung ihres Intestaterbrechts auf den dritten Verwandtschaftsgrad l. 2. C. 5. 9. — Nov. 22. c. 23. wird zwar von mehreren Rechtsgelehrten behauptet; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 404. no. 5., Leyser Vol. V. Sp. 300. Med. 19., aber die Meisten betrachten dies zufolge der Bestimmungen des canonischen Rechts c. 5. X. de secund. nupt. (4. 21.) als hinwegfallend; s. Glück P. C. Bd. XXIV. S. 197. und die dort angeführten vielen Schriftsteller, Boehmer J. E. Pr. T. IV. Lib. IV. tit. 21. § 17., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 721., Puchta Lehrb. § 421., Thibaut System § 281. (Ed. 8.), Geiger in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 228. und nur noch die zum Besten der ersteheliehen Kinder verordneten poenae secundar. nuptiar. als fortbestehend.

Zu c) Die bejahende Meinung, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 443. (43.), hat nach Mühlenbruchs Ausführung in Glücks P. C. Bd. XXXIX. S. 257. u. v. Vangerow l. c. § 429. not. 2. S. 89. in den dafür angeführten Gesetzen keinen sicheren Grund. Pasquillanten können zwar kein Testament errichten und nicht Testamentszeugen seyn, wohl aber können sie zu Erben eingesetzt werden; s. Arndts im Rechtslex. Bd. III. S. 916.

Zu d) Legate können sie zwar ohne Unterschied erwerben; l. 20. D. 34. 5. — l. 93. § 4. D. de leg. III. (32.), daß aber jedes erlaubte Colleg auch zum Erben eingesetzt werden könne, wie Mehrere annehmen; s. Strauch D. de personis incertis Cap. VI. § 4., Rau D. de personis incertis ex testamento heredibus § 8. und wofür sich die Praxis vermöge der Justinianeischen Constitution de incertis personis, cf. § 27. J. 2. 20. entschieden haben soll; s. Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XXXIX. S. 434., Dirksen über den Zustand der juristischen Personen nach R. R. Bd. II. S. 140., Braun Erörterungen zu Thibaut § 793. ist wohl mit Grund bestritten, vergl. l. 6. § 4. D. 36. 1. — l. 3. § 4. D. 37. 1. und mit Sicherheit nur von solchen universitatibus zu behaupten, welche als ju-

ristische Personen vom Staat privilegirt sind; l. 8. C. 6. 24., Mühlenbruch l. c. S. 432., v. Vangerow l. c. § 429. not. 3. lit. e., was in Ansehung der Kirchen, piae causae und Städte schon durch allgemeine Gesetze festgestellt ist. Hieran knüpft sich die weitere Frage: ob eine vom Testator gestiftete gemeinnützige Anstalt, die eben dadurch erst ihr Daseyn als juristische Person erlangen soll, gültig zum Erben eingesetzt werden könne? Auch hierüber wurde im bekannten Städelschen Beerbungsfall in Frankfurt viel gestritten. Die Kieler und Göttinger Facultäten verneinten es, dagegen läßt sich aber erwiedern, daß nach l. 62. pr. D. 28. 5. die Einsetzung eines Unfähigen auf den Fall, daß er fähig werde, gestattet ist, und die Erwirkung der Confirmation von selbst als vom Testator hinzugedacht angenommen werden müsse; s. Wenk Beitrag zur Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles S. 35., v. Vangerow l. c., Braun Erörter. zu Thibaut § 793., Arndts im Rechtslex. Bd. III. S. 916.

Zu e) Um hier zuerst

1) von der Intestaterbfolge zu sprechen, so fehlt es zwar nicht an Autoritäten, welche dafür sprechen, daß auch die nach dem Tod des Erblassers erst concipirten zur Intestaterbfolge berufen seyen, wenn sie nur zur Zeit der Erbschaftsdelation, welcher Zeitpunkt durch mancherlei Ursachen sich weiter hinausschieben kann, lebend sind; s. Glück Intestaterbfolge S. 584., Voet Comm. ad Pand. L. 38. tit. 17. § 6., Cocceji D. de succ. nepotum Sect. IV. § 11., Matthaei de success. D. XIV. § 3., Roßhirt Erbrecht S. 300., Griesinger Geschichte der Suität S. 293., Löbenstern in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 216. not. 1. Die entgegenstehenden Gesetzesstellen l. 30. § 1. D. 29. 2. — l. 6. u. 7. D. 38. 16., besonders § 8. J. 3. 1. beseitigen diese Rechtslehrer durch die Berufung auf l. 34. C. 3. 28. und Nov. 118. c. 1., durch welche das frühere Intestaterbfolgesystem wesentlich abgeändert worden sey*), und vermöge welcher, weil sie alle Descendenten zur gesetzlichen Erbschaft beruft, das ältere Recht, welches übrigens dem post mortem conceptus nur die Suität verweigere, aufgehoben sey, daher das frühere Erforderniß, daß der Erbe bereits im Leben seyn müsse, jetzt hinwegfalle.

*) Omnia in Nov. 118. ad simplicitatem juris naturae redacta, ubi nihil interest, an quis biduo ante vel post mortem avi conceptus sit, sed sufficit quod sanguinem ab avo trahat; Stryck de succ. ab int. D. I. cap. 2. no. 21.



Allein dem steht entgegen, daß nach l. 30. § 1. D. 29. 2. der post mortem conceptus nicht einmal als Cognat galt, und die Argumentation aus der Nov. 118. fällt durch die einfache Betrachtung zusammen, daß ja die Nov. blos die Erbfolge-Ordnung der Verwandten oder das Verhältniß der Personen neu bestimmt, welche als Agnaten und Cognaten gelten, daß sie aber keine Personen für Verwandte erklärt, welche früher nicht einmal als Cognaten galten; s. Braun Erörter. zu Thibaut § 681. Diese vorzüglich in Büchels civilrechtl. Erörterungen Bd. II. Abth. 2. S. 2. entwickelte Lehre ist auch fast in allen Lehrbüchern angenommen. Neuerlich befestigt auch Heumann in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 291. rc. den Grundsatz: „nothwendige Bedingung der Erbfähigkeit eines postumus ist, daß er bei Lebzeiten des Erblassers bereits concipirt sey," so auch Thibaut civilist. Abhandl. S. 115., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 443. (43.)

2) Noch schwieriger ist die Frage, ob der nondum conceptus aus einem Testament erben könne? Käme es bei dem unterstellten Fall blos auf Interpretation des letzten Willens an, so würde man wohl nicht anstehen, auch die später geborene Tochter in der Erbeinsetzung mitbegriffen zu erachten. Allein es handelt sich um eine Rechtsfrage, und wenn die beim Tod des Erblassers noch gar nicht geborene Tochter nicht den Rechten nach als erbfähig gilt, wie die Meisten behaupten; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 827. not. 6., Puchta Lehrb. d. Pand. § 441., Büchel civ. Erört. Bd. II. Abth. 2. S. 2., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 429. not. 3., Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XXXIX. § 1438 b., so hilft es nichts, eine gesetzlich unausführbare Absicht des Testirers durch Auslegung zu unterstellen. Es scheint daher auch nicht wohl anzugehen, wie Wenk im Beitrag zur Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles § 4. statuirt, das richterliche arbitrium hier entscheiden zu lassen, obwohl dafür allerdings l. 16. D. 35. 1. zu sprechen scheint: in his, quae extra testamentum incurrunt, possunt res ex aequo et bono interpretationem capere. Indessen wird die freiere Ansicht, nach welcher der aufgestellte Fall zu Gunsten der später geborenen Tochter von der Helmstädter und Altdorfer Juristenfacultät entschieden wurde, s. Goez rechtl. Entscheidungen der juridischen Facultät in Altdorf S. 201., auch aus den Gesetzen vertheidigt; s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 5. § 12. u. 13., Elvers

theoret. prakt. Erörter. aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, insbesondere juristischer Personen S. 104., Linde in s. Zeitschr. für Civilr. u. Proceß Bd. V. no. 18. S. 269. Auch Thibaut im System des P. R. § 945. kann für diese Ansicht vielleicht angeführt werden, indem er auf den Grund des § 27. J. 2. 20. lehrt: „Justinians Vorschriften zufolge besteht jetzt die Einsetzung eines posthumi selbst nach der Strenge des Rechts unbedingt, nur muß es bei der Einsetzung eines posthumi möglich seyn, daß der Erblasser einen solchen bekommen könne*)." Thibaut stellt auch den Begriff von posthumus, bezüglich Pauli sent. rec. L. 3. T. 46. § 9., im weiteren Sinn voran, indem er alle Kinder darunter begreift, welche nach dem Tode einer Person zur Welt kommen. Die Gründe für diese Ansicht sind am vollständigsten zusammengestellt bei Goez l. c. **), nämlich:

a) Justinian habe die frühere Unzulässigkeit der Erbeinsetzung einer persona incerta, welche sonst der Einsetzung eines posthumus alienus entgegenstand, aufgehoben § 4. J. 2. 19. und die posthumos alienos ganz unbedingt für erbfähig erklärt, dieses aber

b) selbst als ein Ergebniß seiner const. de incertis personis bezeichnet, s. § 25—28. J. 2. 20., worin er das alte Princip nur noch bezüglich der Tutel, aus Gründen, welche diesem Verhältniß ganz eigenthümlich sind, ausnahmsweise beibehalten hat.

c) Auch sey im Gesetz nirgend ein Unterschied zwischen postumis jam conceptis und nondum conceptis gemacht; l. 4. l. 9. § ult. l. 27. D. 28. 2. — l. 128. D. de legat. I. (30.), weshalb denn auch der Richter keinen Unterschied zu machen habe.

---

*) Wobei sich übrigens von selbst versteht, daß nicht eine andere Regel der honestas verletzt werden dürfe, also weder ein unehelicher posthumus, noch der posthumus einer Mutter, welche der Testirer nicht heirathen durfte, gültig eingesetzt werden konnte; l. 9. § 1., vergl. mit l. 9. § 3. u. 4. l. 28. § 3. D. 28. 2. — § 28. J. 2. 10.

**) Da diese Schrift so selten ist, daß zwei Hauptschriftsteller über diese Rechtsfrage, Büchel l. c. und Mühlenbruch im P. C. Bd. XXXIX. S. 415. not. 9. erklären, daß sie dieselbe nicht hätten zu Gesicht bekommen können, so scheint ein Auszug derselben hier nicht überflüssig, aber freilich durften dann auch die Gegengründe nicht mit Stillschweigen übergangen werden.

d) Man könne nicht annehmen, daß Justinian blos das alte prätorische Recht, nach welchem den postumis alienis schon die bonorum possessio zugestanden war, in das Civilrecht habe aufnehmen wollen, denn er erklärte ja dabei, dasselbe noch verbessert zu haben; nec hujusmodi species penitus est sine emendatione relicta.

e) Wenn auch bei unmittelbaren postumis suis vorauszusetzen sey, daß sie beim Ableben des Testators wenigstens im Mutterleibe existirt haben, so beruhe dieß doch auf einem lediglich diesem Verhältniß eigenen Grund, welcher auf mittelbare suos und postumos alienos durchaus unanwendbar sey*). Uebrigens aber sey das Verhältniß zwischen conceptis und nondum conceptis ganz gleich; denn wenn man für absolut erforderlich annehmen wollte, daß der zum Erben eingesetzte schon zur Zeit der Testamentifaction, des Todes des Testirers, und der Erbschaftsantretung zur Erbfolge fähig gewesen seyn müsse, wie l. 4. § 1. D. de hered. instituendis (28. 5.) zur Regel macht, so fehle dies Erforderniß ja auch den postumis jam conceptis, weil es noch ungewiß sey, ob sie noch lebend und lebensfähig geboren werden. In einem wie in dem andern Fall komme es nur darauf an, ob die Bedingung der Geburt eintrete, denn vor diesem Zeitpunkt könnten die Einen so wenig wie die Andern den Erblasser repräsentiren.

f) Auch in anderen Fällen gültiger Einsetzung einer schlechthin ungewissen Person werde in den Gesetzen nichts weiter erfordert, als daß der Umstand, von welchem ihre Erbfähigkeit abhängt, zur Zeit des Erbschaftsantritts vorhanden sey, z. B. bei Einsetzung desjenigen, qui primus ad funus meum venerit, oder qui calend. Januar. post mortem meam Consul designatus erit, oder quicunque filio meo filiam suam in matrimonium

*) Eben so erklärt sich Elvers l. c. S. 104. Er betrachtet das Princip der Unfähigkeit einer incerta persona, welches dem postumus entgegenstand, als aufgehoben, vermöge § 27. J. 2. 20., weshalb es nur dann entgegengestellt werden könnte, wenn hinsichtlich dieser Art der incertae personae durch ein besonderes Gesetz die alte Bestimmung ausdrücklich beibehalten worden wäre. Allein die dafür anzuführenden Gesetze l. 6. u. 7. D. 38. 16. u. l. 1. § 8. D. 38. 8. gingen nur auf den postumus suus, für den begreiflich ganz andere Regeln und in einem ganz andern Gebiete gälten und l. 3. D. 37. 11. sey nur ein Ueberrest der älteren milderen Grundsätze bei der bonor possess. secundum tabulas.

dederit; wenn also personae incertae solcher Art, welche nicht eher als nach des Testators Tod personae certae werden können, zu Erben eingesetzt werden können, warum nicht auch der postumus alienus, wenn er wirklich in das Leben tritt? So könne ja auch ein Rasender zum Erben eingesetzt werden, und es wird, da er in diesem Zustande unfähig ist, die Erbschaft anzutreten, auch wenn er nach mehreren Jahren erst den Gebrauch des Verstandes erlangt, seine Erbschaftsantretung durch Rechtsfiction auf jenen Moment zurückgezogen, in welchem ihm die Erbschaftsantretung schlechterdings unmöglich war; l. ult. § 7—9. C. 5. 70.

g) Indem schon nach dem Pandectenrecht Unfähige sub conditione recuperandae capacitatis, und nach neuerem Recht die captivi schlechthin zu Erben eingesetzt werden können, jede Erbeinsetzung einer ungewissen Person aber ihrer Natur nach eine bedingte ist, so folge nothwendig, daß nur der Eintritt dieser Bedingung, also nur die Erbfähigkeit zur Zeit des Erbschaftsantritts gefordert werden könne, und indem conditio impleta ad initium actus retrotrahirt werde, müsse es in Ansehung eines Nachgeborenen so angesehen werden, als ob der Erbe schon im Augenblick des Todes des Erblassers die Erbschaft angetreten hätte; l. 105. D. 35. 1.

Die Gründe für die entgegengesetzte Ansicht, welche auch Puchta in s. Vorlesungen Thl. II. S. 296. vertheidigt, und welche am ausführlichsten von Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XXXIX. S. 406. entwickelt sind, lassen sich auf Folgendes concentriren:

Der Umstand, daß jetzt auch personae incertae zu Erben eingesetzt werden können, sey ohne Einfluß auf die Entscheidung einer ganz anderen Frage, bei welcher es einen ganz anderen Rechtssatz gelte, nämlich ob man zur Zeit des Todes des Erblassers lebend seyn müsse, um erben zu können. Dies aber erfordere die Natur des Erbrechts absolut; um zu erben muß nämlich die Fähigkeit zu succediren schon vom Moment des Todes des Erblassers an vorhanden gewesen seyn; l. 138. pr. l. 193. D. 50. 7. Beim gesetzlichen Erbrecht und dem Recht der Verwandtschaft sey dies überall ausgesprochen; s. l. 6. l. 8. D. 38. 16. — §. 8. J. 3. 1. — l. 6. pr. in f. D. 28. 3. — l. ult. D. 37. 9., dasselbe müsse aber auch vom Erbrecht überhaupt gelten.

Es werde nämlich hier überall unter postumus nur ein solcher verstanden, qui moriente testatore in utero fuit. l. 3. D. 37. 11. — l. 29. pr. D. 28. 2. — Auch die Definition in § 26. J. 2. 20.

scheine das Daseyn als allgemeine Grundbedingung der Erbfähigkeit vorauszusetzen.

Der Grundsatz der l. 62. pr. D. 28. 5., daß man einen Unfähigen auf den Fall, daß er fähig werden würde, wirksam zum Erben einsetzen könne, involvire nichts weiter, als daß bei allen bedingten Erbeinsetzungen das Erforderniß der schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden gewesenen Erbfähigkeit hinwegfalle. Wollte man aber daraus auch die Zulässigkeit der Erbeinsetzung einer zur Zeit der Erbschaftsdelation noch gar nicht existirenden Person unter der dann freilich stillschweigend sich von selbst verstehenden Bedingung ihrer künftigen Existenz folgern, so würde das ganze Princip umgestoßen, daß Erbfähigkeit absolut das Lebendseyn voraussetze. Dies dürfe aber um so weniger geschehen, als dieses Princip auf innerer Nothwendigkeit beruhe; denn irgend eine bestimmte Gränze müsse doch angenommen werden, wenn es nicht eine lange Reihe von Jahren ungewiß bleiben soll, ob Jemand einen Erben überhaupt haben und wer dieses seyn werde. Diese nothwendige Gränze sey nun eben im Römischen Recht bestimmt durch die Todeszeit des Erblassers. Ueberdies passe der eigentliche Begriff von Bedingung nicht auf eine Erbeinsetzung für den Fall künftiger Existenz eines noch nicht existirenden Menschen. Nach Erwägung der vorbemerkten Gründe und Gegengründe wird ein Testamentsverfasser sich veranlaßt finden, den sicheren Weg zu gehen. Will nämlich in dem unterstellten Fall der Bruder seines Bruders sämmtliche Kinder, gleichviel zu was für einer Zeit sie geboren werden, zu Erben haben, so mag er die bei seinem Tod noch nicht concipirten zu Fideicommißerben einsetzen, was keinem Anstand unterliegt, weil nur zur unmittelbaren Succession erfordert wird, daß man schon geboren oder wenigstens concipirt sey; s. Mühlenbruch l. c. Bd. XXXIX. S. 418*).

*) Gänzlich weicht von der herrschenden Ansicht der neueste Schriftsteller über diese Materie, Heumann in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 289. ab. Er bestreitet insbesondere gegen Mühlenbruch l. c. Bd. XXXIX. S. 379. ꝛc. und die dort angeführten Gesetzstellen, daß auch ein postumus, welcher nicht Descendent des Erblassers ist, gültig zum Erben eingesetzt werden könne. Er sucht dies aus dem rechtsgeschichtlichen Entwickelungsgang der Erbfähigkeit der postumi zu deduciren, und versteht den Ausspruch des Paulus in l. 3. D. 37. 11. verum est, *omnem postumum* b. p. petere posse in dem Sinn, daß omnis postumus sowohl den suus als alienus in sich begreife, immer aber einen Descendenten voraussetze, denn der nackte Ausdruck postumus könne in gar vielen Gesetzstellen nur von einem nachgeborenen Descendenten verstanden werden; s. l. 4. 5. 9. 27. D. 28. 2. — l. 6. pr. D. 5. 2., wo er aber diese



Zu 5) Die herrschende Lehre ist folgende: um ab intestato erben zu können, es sey nun, daß gar kein Testament vorhanden, oder das vorhandene nichtig ist, s. Glück Intestaterbfolge § 25., muß die Successionsfähigkeit im Moment des Todes des Erblassers, und — heredes suos ausgenommen — auch noch von da an ununterbrochen bis zum wirklichen Erwerb der Erbschaft vorhanden seyn, § 4. J. 2. 19 — l. 1. § 4. D. 38. 17. — l. 49. § 1. D. 28. 5. Um aus einem Testament zu erben, muß man zur Zeit der Delation und zur Zeit, wo das Testament errichtet worden ist, erbfähig gewesen seyn *); l. 49. § 1. D. 28. 5. Wenn indessen die Erbeinsetzung eine bedingte ist, und die Existenz der Bedingung erst zu erwarten steht, so entscheidet nicht der Zeitpunkt des Todes des Erblassers, sondern der Existenz der Bedingung. § 4. J. 2. 19. — l. 59. § 4. D. 28. 5. — cf. l. 62. pr. D. 28. 5. — Auf die Zwischenzeit kommt es aber da nicht an, die zum Erben eingesetzte Person mag immerhin nach Errichtung des Testaments die Successionsfähigkeit verloren haben, wenn sie sie nur dann zur Zeit des Erbanfalls wieder erlangt hat. Media tempora non nocent; l. 6. § 2. l. 49. § 1. l. 59. § 4. D. 28. 5. — § 4. J. 2. 19. —

Wenn eine zur Zeit der Testamentserrichtung unfähige Person unter der Bedingung künftiger Fähigkeit eingesetzt ist, so wird das jus strictum gemäßigt dadurch, daß es genügen solle, wenn diese im Moment der Delation und bis zur Acquisition stattgefunden habe; l. 62. pr. D. 28. 5., v. Wening-Ingenheim Lehrb. § 428. (§ 8.) Ob dies auch als stillschweigende Bedingung gelten könne, war, wie oben bemerkt, im Städelschen Beerbungsfall bestritten.

Bedeutung nicht hat, sey eine nähere Bezeichnung gebraucht, z. B. fratris postumus l. 127. D. de leg. I. (30.) oder eine andere Art des Ausdrucks, nämlich is, qui post testamentum factum natus est.

*) Im R. R. ist übrigens hier ein Unterschied nicht zu übersehen, zwischen Personen, welche gar nicht instituirt werden konnten, cum quibus non est testamentifactio, und solchen, bei welchen es zur Zeit der testamentifactio noch ungewiß war, ob ihnen die Erbeinsetzung den Erwerb der Erbschaft auch möglich machen werde. In Hinsicht der Ersteren, nämlich beim Mangel der testabilitas passiva blieb die Unfähigkeit unheilbar, wenn gleich später bei ihnen ein Fähigkeitszustand eintrat, l. 24. § 3. D. 23. 2., bei letzteren konnte aber nur der Zeitpunkt der Erwerbung in Betracht kommen. Ueber diesen Unterschied derer, qui institui non possunt, und qui capere non possunt, z. B. mulieres probrosae, indigni etc., s. Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVIII. S. 360., Bd. XXXIX. S. 117. u. 158., Hunger röm. Erbrecht § 71., v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. III. S. 411., Arndts das. Bd. V. S. 212., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 429. no. 1.

Bei Vermächtnissen ist es, wenn sie unbedingt errichtet sind, unbestritten, daß sowohl der Moment, ubi dies legati cedit, als der Zeitpunkt der Errichtung in Hinsicht auf die Successionsfähigkeit in Betracht kommt, auf die Zwischenzeit aber, welche nach Roßhirts Erbr. S. 63. auch in Betracht kommen soll, wird nach der gemeinen Meinung nicht gesehen. Diese ist auch in Ansehung der bedingten Legate, im Fall die Existenz der Bedingung erst zu erwarten ist, oder dieselbe nicht schon zur Zeit der Testamentserrichtung existent war, ungeachtet des von der regula Catoniana hergenommenen Zweifels für die billigere Ansicht, daß es hinreiche, wenn die Successionsfähigkeit zu der Zeit, wo die Bedingung existent wird, vorhanden ist; s. Thibaut System § 947. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 428. (§ 8.), Braun Erörter. zu Thibaut § 796. und 808., Lehr Erörterung der Frage, in welchem Zeitpunkt der Testamentserbe oder Legatar fähig seyn müsse, Darmstadt 1792.

Zu 6) Für die Bejahung der Frage ist anzuführen: Voet Comm. ad Pand. Lib. II. tit. 14. § 26., Schweppe vom Concurs d. Gläubiger § 19., aus gewichtigen Gründen aber verneint Spangenberg in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 226., weil die Gründe der singulären Verordnung Marc-Aurels, famae defuncti conservatio, l. 23. D. 42. 8. und Begünstigung der Erbschaftsantretung, l. 58. § 1. D. 17. 1. hinwegfallen, nachdem der Erbe bereits cum beneficio angetreten hat. Also wurde auch von dem O. A. Ger. in Celle erkannt; s. Hagemann prakt. Erörter., fortgesetzt von Spangenberg Bd. X. S. 14., wo Schweppe und Voet vollständig widerlegt werden, vergl. übrigens l. 7. § 17. u. 19. l. 8. l. 10. D. 2. 14. — l. 58. § 1. D. 17. 1., Heffter im civilist. Archiv Bd. X. S. 342.

Zu 7) Einen solchen Donatar betrachtet zwar Leyser Sp. 494. Med. 2. als successor universalis, allein die Neueren sind darüber einig, daß durch eine donatio omnium bonorum keineswegs eine Universalsuccession bewirkt werde*), und daß durch sie auch nicht die Intestaterbfolge aufgehoben werde; s. Madihn Miscellen Bd. I. S. 142., Kind Quaest. for. Ed. I. tit. 4. c. 34., Hasse im civilist. Archiv Bd. V. S. 28., Elvers Themis Bd. I. S. 344., v. Savigny System d. h. R. R. Bd. III. § 105. S. 16. not. h., Bd. IV. § 159., Meyerfeld Lehre von Schenkungen Bd. II. § 21. Der donatarius omnium bonorum ist aber deshalb doch nicht von den Schulden des Schenkers schlechthin frei, denn, ist darüber nichts ausgemacht, so gehen

*) Vergl. auch Kap. XII. donatio mortis causa.

sie auf ihn zwar nicht durch eine in universitatem successio, wohl aber vermöge des Rechtsbegriffs vom Vermögen über, quia bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno, wäre aber ausdrücklich ausgemacht, daß die Schulden den Donatar nichts angehen sollen, so würden die zur Zeit der Schenkung schon vorhanden gewesenen Gläubiger durch die actio Pauliana zu dem Ihrigen gelangen können; l. 17. § 1. D. 42. 8. Findet diese aber auch in folgenden Fällen Statt:

a) wenn Eltern unter der Form von Heirathsgütern an die Kinder übergeben?

Da die dos nicht als lucrative Erwerbung anzusehen ist, so könnte die Paulianische Klage nur dann angestellt werden, wenn der Empfänger durch Mitwissen an der gegen die Gläubiger begangenen Gefährde Theil genommen hat, oder wenn causa dotis noch nicht wirklich vorhanden war, indem die Kinder damals noch kein abgesondertes Hauswesen errichtet oder sich noch nicht verehelicht hatten, endlich können die Kinder, wenn sie eine höhere Ausstattung erhalten haben, als die Eltern bei beschränkten oder verschuldeten Vermögensumständen zu geben verpflichtet waren, zur Herausgabe des als lucrativer Erwerb anzusehenden Mehrbetrags angehalten werden; s. Haenlein D. de actionis Paulianae natura, requisit. et usu fori § 13. und 19. Erlang. 1785. — Sind mehrere Kinder bei dieser dolosen Veräußerung betheiligt, so ist auch jedes verbunden, das, was es dolose oder lucrative erhalten hat, herauszugeben, ohne die exc. divisionis ansprechen zu können.

b) wenn eine Frau ihr ganzes Vermögen dem Mann zum Brautschatz übergibt?

Die Bestellung eines Heiratsguts darf zwar nicht in fraudem creditorum geschehen, wenn aber der Mann nicht um die betrügerische Absicht seiner Frau wußte, so kann gegen ihn die act. Pauliana nicht angestellt werden; l. 6. § 8. l. 10. § 2. u. 4. l. 25. § 1. D. 42. 9. Die Gläubiger können indessen aus dem schon angeführten Grund, non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno, Einweisung in die Güter der Frau verlangen, s. Bd. I. S. 581. Fr. 2.

Zu 8) Da dem heres suus das Recht zu abstiniren ohne Beschränkung auf einen gewissen Zeitraum zusteht, und er deshalb auch an keine sonstigen Solennien gebunden ist, so kann derselbe, so lange er sich nicht immiscirt oder etwas aus dem Nachlaß entwendet hat, l. 57. pr. l. 58. pr. l. 71. § 3. u. 4. l. 87. l. 88. D. 29. 2., ohne Zweifel jeden auf die Supposition seiner erbschaftlichen Qualität gebauten An-

griff durch einfache Berufung auf das ihm zustehende beneficium abstinendi abweisen, wonach dem Kläger der Beweis einer solchen Handlung, mit welcher dieses beneficium nicht bestehen kann, obliegt. Das O. A. Ger. in Cassel hat mit folgenden Handlungen den Charakter einer pro herede gestio nicht verbunden: wenn der Vater Kleider des Verstorbenen blos zur Vergütung bestrittener Leichkosten angenommen, oder solche verkauft hat, um sie wegen ihrer schädlichen Beschaffenheit aus dem Haus zu schaffen, oder wo er als Geschäftsführer gehandelt hat. Als eine Wittwe, um das Andenken ihres verstorbenen Mannes zu ehren, eine Schuld desselben gezahlt hatte, wurde solches als Act der Pietät und nicht als pro herede gestio betrachtet; s. Strippelmann Samml. Thl. V. S. 359. Eine Protestation ist aber unwirksam, wenn eine solche Handlung vorliegt, welche nur von dem Erben als solchen vorgenommen werden kann. Nach l. 13. D. 28. 7. ist die bloße Erfüllung einer Potestativbedingung noch keine pro herede gestio, sondern bahnt nur den Weg zur Antretung; l. 1. § 1. D. 12. 4., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 545. (264.), Koch D. de liberis heredibus suis ad probationem abstent. non obligat. Giess. 1766., Boehmer Elect. jur. civ. T. I. § 25., Höpfner Instit. Comm. § 540., Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XLII. S. 392. ꝛc., Pfeiffer neue Sammlung bemerkenswerther Entscheid. Bd. III. no. 73.*), Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 383., Erkennt. d. O. A. Ger. in Darmstadt in Seufferts Archiv Bd. VI. H. 2. S. 316. Die Meinung, daß der heres suus zum Beweis seiner Abstinenz verbunden sey, s. Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. Obs. 8., ist daher gewiß ungegründet, s. Jurist. Zeitung für das Königreich Hannover Jahrg. I. H. 1. S. 165., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 202. und selbst die Behauptung, daß ein suus, wenn er im Besitz der Erbschaftssachen geblieben ist, darthun müsse, daß er den Besitz nicht als Erbe, sondern aus anderen Gründen fortgesetzt habe, Thibaut System § 987. (Ed. 8.), Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1468., Mevii Decis. P. II. Dec. 143. ist nicht indistinct anzunehmen, nämlich nicht schon dann, wenn nur vorliegt, daß der suus Sachen, welche aus dem Vermögen des Vaters gekommen, in Besitz habe, ohne daß zugestanden oder dargethan ist, daß sie ihm nach dem Tode des Vaters aus dessen Nachlaß zugekommen seyen. Behauptet etwa der suus, welcher sich für das beneficium abstinendi

*) Welcher dieses jedoch nur von den noch in der väterlichen Gewalt befindlichen Kindern gelten läßt.

erklärt, die fraglichen Sachen titulo singulari überkommen zu haben, so muß gegen ihn von dem Gläubiger, welcher diesen Sachenbesitz als Immixtion geltend macht, der Beweis geführt werden, daß er sie als Erbschaftssachen in Besitz und Verfügung darüber getroffen habe; s. Erk. d. O. A. Ger. in München in Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XII. S. 80. d. Ergänz. Bl. (s. unten Kap. VI. Fr. 1.) Liegen aber Handlungen vor, welche als Einmischungshandlungen wirklich betrachtet werden dürfen, s. Mühlenbruch l. c. Bd. XLII. § 1488., so kann der Abstinent in die Nothwendigkeit versetzt seyn, durch indirecten Gegenbeweis die Folgerichtigkeit der vorgeschützten Handlungen zu entkräften; Mühlenbruch l. c. § 1490. S. 395. Nur in dem Fall, wenn der suus um eine Deliberationsfrist gebeten hat, muß er nach l. ult. C. 6. 30. beweisen, während dieser Frist abstinirt zu haben; s. v. Berg jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle Th. II. S. 100.

Zu 9) Wenn ich eine mir erworbene Erbschaft verkaufe, so bleibe ich demungeachtet den Ansprüchen der Erbschaftsgläubiger unterworfen, wenn ich auch mit dem Käufer übereingekommen bin, daß er die Erbschaftsschulden zu berichtigen habe, denn dieser Vertrag kann den Dritten nicht präjudiciren l. 2. D. 4. 39., allein der in Frage gestellte Fall, welcher mit jenem eines Erbschaftsverkaufs in so fern Aehnlichkeit hat, als gegen Entgelt verzichtet wurde', weicht doch von jenem wesentlich darin ab, daß hier nur hereditas delata, nicht adquisita ist. Erbe kann man nur durch ein factum adquisitionis werden. Im Mangel eines solchen fehlt der juristische Begriff eines Erben, daher auch die einem solchen obliegenden Verbindlichkeiten nicht in der Person des Verzichtenden zur Entstehung kommen können; Heise und Cropp jurist. Abhandl. Bd. II. no. 8., Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. IV. S. 369.

Zu 10) Durch einen solchen Vertrag entsteht keine Erbschaft, quia viventis non est hereditas, und wenn es auch nach deutschen Rechten eine anticipirte Succession geben kann, so begründet doch die Annahme einer Abfindung für ein bevorstehendes Recht, wie oben zur Frage 7. von der donatio omnium bonorum bemerkt wurde, keine successio per universum. Selbst eine eigentliche anticipirte Succession, wenn nämlich bei Lebzeiten sich Jemand seines ganzen Vermögens zu Gunsten seiner Erben entäußert, kann nicht als Succession (Beerbung), sondern nur, wie nach gemeinem Recht eine Schenkung aller Güter, als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden angesehen werden. Der vorgelegte Fall kann aber nicht einmal mit einer anticipirten Succession verwechselt werden, da nicht das Vermögen abgetreten, sondern nur ein Theil desselben

dazu aufgewendet wird, um bei künftigem Ableben diejenigen zu Erben zu bekommen, welche das Gesetz gar nicht oder doch nicht allein berufen hätte. Der Abgefundene könnte daher von den Gläubigern des Erblassers nur in so fern mit Wirksamkeit belangt werden, als sie die act. Pauliana gegen ihn zu begründen vermöchten; s. Heise u. Cropp l. c.

Zu 11) Diese Frage ist wichtig wegen der bedeutenden Abweichungen des jüdischen vom gemeinen Erbfolgesystem. Unter sehr vielen aus dem Familienrecht des jüdischen Volks entspringenden Abweichungen, z. B. dem Universalerbrecht*) des Mannes im Vermögen seiner Frau, selbst mit Ausschluß der Kinder, dem Vorzug der Erstgeburt u. a. m., s. Ritualgesetze der Juden S. 149., tritt besonders ein ganz anderer ordo succedendi hervor. Es findet nämlich folgende Ordnung in der Erbfolge statt: 1) die Söhne, 2) ihre Nachkommen, 3) die Töchter, 4) ihre Nachkommen, 5) der Vater, 6) die Brüder, 7) deren Nachkommen, 8) die Schwestern, 9) deren Nachkommen, 10) der Großvater, 11) die Vatersbrüder, 12) deren Nachkommen, 13) die Vatersschwestern, 14) deren Nachkommen u. s. w.

Die Praxis ist hinsichtlich dieser Frage noch unentschiedener als in Ehesachen der Juden, vergl. Bd. I. Abschn. II. Kap. III. § 7. Fr. 25. S. 638. ff. zu bemerken war. Diejenigen, welche die Juden schlechthin dem gemeinen Recht unterwerfen, wo nicht dasselbe mit ihren Religionsgrundsätzen in Widerspruch steht, berufen sich gewöhnlich auf l. 8. C. de jud. (1. 9.), welche aber, wie Bessel im Rhein. Museum Bd. III. S. 443. bemerkt, nichts weiter beweist, als daß es damals Judaei communi Romano jure viventes gab, und daß die Juden in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die allgemeinen Proceßvorschriften zu beobachten hatten. Ueberhaupt ist wohl sehr beachtenswerth, was schon Struben in den rechtl. Bedenken Bd. III. S. 80. bemerkt hat, daß

*) Dasselbe hat jedoch im jüdischen Recht eine sehr eingeschränkte Bedeutung. Es wird nämlich unterschieden zwischen „Muchsek" oder was die Frau in effectivem Besitz hatte, und „Raja," d. i. was sie zu bekommen hat, und darunter werden nicht nur Anwartschaften sondern auch Außenstände verstanden. Muchsek, aber nicht Raja ist im s. g. Universalerbrecht des Mannes begriffen. Wenn aber Isidor Kaim im Rechtslex. Bd. V. S. 839. auch die Hypotheken vom Universalerbrecht des Mannes ausgenommen wissen will, so ist dies, weil an dinglichen auf körperlichen Sachen haftenden Rechten allerdings ein Besitz stattfindet, nicht zu billigen, sondern mit Moses Mendelssohn in den Ritualgesetzen der Juden Hptst. IV. Abschn. XI. § 1. zu sagen: „der Mann ist Universalerbe seiner Frau, mit Ausnahme eines Gutes, auf welches sie blos Anwartschaft hat, so auch aller ausstehenden Schulden, welche nicht Hypothek oder Unterpfand haben."

die Verhältnisse der Juden in Deutschland aus deutscher Observanz und nicht aus dem römischen Recht erklärt werden müssen. Nun sind die Ansichten des canon. Rechts der Gültigkeit jüdischer Rechtsgebräuche nicht entgegen; s. tit. Decretal. de Jud. (5. 6.) c. 8. X. de divort. (4. 19.) c. 4. X. de consanguin. et affin. (4. 14.) und nur unter stillschweigender Billigung christlicher Staatsgewalten haben sich ja diese Gebräuche im Familienrecht der Juden in Gemäßheit ihrer Rechtssammlungen erhalten können, von denen die letzte unter dem Namen Schulchan Aruch noch jetzt gebräuchlich ist, s. Einleitung zu Mendelssohns Ritualgesetzen S. 16. Mittermaier konnte wohl nur durch solche Betrachtungen bestimmt werden, in den früheren Ausgaben seines deutsch. Privatr. § 108. die jüdischen Gesetze als Norm des Erbfolgerechts unter den Juden anzuerkennen, wovon er gleichwohl in der neunten Auflage § 118. zum geraden Gegentheil übergegangen ist. Wenn Pfeiffer in den prakt. Ausführungen Bd. I. S. 140. zur Unterstützung des von ihm mit vielen Andern*) behaupteten Grundsatzes, daß auch bei jüdischen Familien nur gemeines Recht hinsichtlich der Erbfolge anzuwenden sey, sich auf eine in Madihns Miscellen Bd. I. S. 200. angeführte Verordnung Kaiser Rudolphs II. v. J. 1582. beruft verb.: „dieweil dann die gemeine Jüdischheit nach Inhalt unserer Vorfahren sich gemeiniglich in allen Fällen, darinnen keine Fürsehung geschehen, Unser und des heil. Römischen Reichs gemeinen Rechten gebrauchen mag und soll," so scheint dieses gerade das Gegentheil zu beweisen, nämlich, daß das gemeine Recht nur subsidiär in Anwendung komme. Die Worte „darinnen keine Fürsehung geschehen" können wohl nicht anders als in diesem Sinn verstanden werden, denn hätte der Kaiser den Fall damit bezeichnen wollen, wo den Juden nicht besondere Privilegien für die Geltung des Mosaischen Rechts ertheilt sind, so würde er sich gewiß anders ausgedrückt haben. Für dessen Geltung in Betreff der Erbfolge erklären sich: Beck de juribus Judaeorum Cap. IV. § 4., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. § 343., Dabelow Handb. d. römisch. deutsch. Privatr. Bd. II. § 442., Eſtor deutsche Rechtsgelahrtheit Bd. II. § 2935., Wiederhold Diss. de Judaeis § 8., Leyser Sp. 421. cor. 1., Thiel Princ. jurisprudent. Judaicae § 29. u. 30., Runde deutsch. Privatr. § 644., Schröter vermischte jurist. Abhandl. Bd. I. S. 106. Dieser Meinung können, da im Erbfolgerecht nur jüdische

*) Danz Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. VII. S. 225., Hommel Rhaps. Obs. 556., Glück P. C. Bd. I. § 23, Hagemann prakt. Erört. Bd. V. S. 116.

Glaubensgenossen unter sich concurriren werden, auch die mehreren Rechtslehrer beigezählt werden, welche wenigstens in Streitigkeiten der Juden unter sich dem jüdischen Recht Geltung einräumen. Da nicht in allen deutschen Ländern die Juden dem gemeinen Recht durchaus unterworfen sind, so scheint es nicht überflüssig, die Singularitäten der jüdischen Ritualgesetze im Familienrecht zu berühren. Was zuvörderst das eben erwähnte Universalerbrecht des Mannes, wenn die Frau im Lauf der Ehe mit oder ohne Kinder stirbt, betrifft, so steht nach den s. g. Schumschen Observanzen, d. i. nach der von den Gemeinden in Speier, Worms und Mainz zur Observanz erhobenen Einrichtung, das Rückfallsrecht an die Erben der Frau in den Fällen, da sie ohne Kinder, und je nachdem sie im ersten oder zweiten Jahr nach der Hochzeit ohne solche gestorben ist, entgegen. Der Mann braucht aber an ihre Erben doch nur zu restituiren, was beim Ableben der Frau von ihrem Vermögen noch vorhanden, nicht aber was ohne sein Verschulden selbst im Handel zu Grunde gegangen oder verschlechtert worden ist. Dieses Rückfallsrecht tritt sogar dann ein, wenn sie zwar ein Kind geboren hat, dieses aber nicht die erforderliche Lebensfähigkeit gehabt hat, oder nach der Wortfassung, wenn sie stirbt, ohne beständigen Saamen zu hinterlassen, was außer dem Fall, da es kein unzweifelhaft ausgetragenes Kind ist, auch dann angenommen wird, wenn dasselbe nicht einmal 30 Tage gelebt hat; s. Feust in den Bl. f. Rechtsanw. von Seuffert u. Glück Bd. XI. S. 353., Bd. XII. S. 257.

Auch die Bestimmung, wonach die Töchter nicht anders erben können, als wenn keine Söhne vorhanden sind, ist durch den Gebrauch abgeändert, nach welchem ersteren bei ihrer Verheirathung der halbmännliche Antheil verschrieben zu werden pflegt; s. Mendelssohns Ritualgesetze der Juden I. Hptst. 3. Abschn. § 6. Die Eltern sind aber auch unverhindert, einer oder der anderen von ihren Töchtern den ganzen Erbtheil eines nachgeborenen Sohnes an ihrem beweglichen Vermögen zu verschreiben; Sent. Rabbin. Cap. I. § 2., Feust l. c.

Praktisch ist noch das Recht der Erstgeburt, wonach der erstgeborene Sohn doppelt so viel erbt, als die nachgeborenen, 5. B. Mose 21. 17. Man berechnet dies so, daß man zu der Anzahl der Söhne noch Einen hinzurechnet, und in dieser Anzahl den Erstgebornen für 2 Söhne ansieht; sind z. B. 3 Söhne vorhanden, so erbt der Erstgeborne die Hälfte, und von den übrigen Jeder ¼ des Nachlasses; s. Isidor Kaim l. c.

Vorerinnerung.

Bevor wir zu den verschiedenen Arten der Erbfolge 1) aus dem Gesetz, 2) aus einem letzten Willen, 3) aus einem Vertrag übergehen, darf nicht unbeachtet bleiben, daß unter manchen Umständen die gesetzliche zugleich neben der testamentarischen Erbschaft zur Entstehung kommen kann, denn der Grundsatz des R. R. jus nostrum non patitur, eundem in paganis (Soldaten sind nämlich besonders privilegirt) et testato et intestato decessisse schließt nicht die Möglichkeit, daß Intestat- und Testamentserbfolge concurriren könne, überhaupt aus, sondern sagt nur so viel, daß nicht beide zugleich aus einem Willensact des Verstorbenen hervorgehen können; vergl. l. 15. § 2. D. 5. 2. — Seuffert im civilist. Archiv Bd. III. S. 218., Klüpfel Abhandl. über einzelne Theile des bürgerl. Rechts S. 1., Rhein. Museum f. Jurispr. Bd. VI. S. 257., Thibaut civilist. Abhandl. S. 65., Haubold Opusc. Vol. I. no. 5. Die testamentarische Delation kann auch mit der vertragsmäßigen concurriren. Der im Erbvertrag Bedachte erhält dann das ihm Zugewiesene, das Testament mag älter oder jünger seyn, als der Erbvertrag, und der Testamentserbe erhält nur das Uebrigbleibende. Ist aber nicht das Ganze durch Vertrag und Testament vertheilt, oder sind vertheilte Portionen vacant geworden, so fallen nach gemeinem Recht diese Theile jure accrescendi den Testamentserben zu (nach Preußisch. u. Oesterreich. Recht den Intestaterben). Den neueren Gesetzen, z. B. in Oesterreich, Preußen, Weimar, Altenburg, ist überhaupt der Grundsatz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, fremd geblieben. Mit Recht erklärt ihn Dalwigk im Versuch e. Darstellung des Erbrechts Th. II. S. 14. für einen Mißgriff der Römischen Legislation, denn was kann auffallender seyn, als folgender Syllogismus: P. hat in seinem Testament den ihm nicht verwandten Q. nur in den 3ten Theil seines Vermögens zum Erben eingesetzt, über die anderen ⅔ aber nicht testirt, mithin müssen diese ⅔ ebenfalls dem Q. und nicht den Intestaterben des P. zufallen. cf. Kriegel D. de regula: nemo pro parte testatus etc. Lips. 1831. Gleichwohl wird diese Regel auch bei Erbverträgen häufig angewendet, s. Pufendorf Obs. jur. univ. T. IV. Obs. 48., Cramer Wezlarische Nebenstunden Bd. XI. no. 8., s. dagegen Beseler die Lehre v. d. Erbverträgen Th. II. S. 277. ꝛc.

Kapitel II.

Von der Intestaterbfolge.

Inst. III. 1. de hereditatibus, quae ab intestato deferuntur. tit. 2. de legitima agnatorum successione. tit. 3. de Sct. Tertulliano. tit. 4. de Sct. Orphitiano. tit. 5. de successione cognatorum. tit. 6. de gradibus cognationis. — Dig. XXXVIII. tit. 6. si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi. tit. 7. unde legitimi. tit. 8. unde cognati. tit. 10. de gradibus et adfinibus et nominibus eorum. tit. 11. unde vir et uxor. tit. 15. quis ordo in possessionibus servetur. tit. 16. de suis et legitimis heredibus. tit. 17. ad Sct. Tertullianum et Orphitianum. — Cod. VI. 14. unde liberi. tit. 15. unde legitimi et unde cognati. tit. 18. unde vir et uxor. tit. 55. de suis et legitimis liberis et ex filia nepotibus ab intestato venientibus. tit. 56. ad Sct. Tertull. tit. 57. ad Sct. Orphit. tit. 58. de legitimis heredibus. tit. 59. communia de successionibus. — Nov. 118. Nov. 127.

§ 1. Erste Classe der Descendenten.

1) Das Intestaterbrecht derselben in seinem vollen Umfange ist bedingt durch eheliche Geburt, mit welcher die Legitimation durch nachfolgende Ehe gleiche Wirkung hat; kann aber diese auch der Legitimation durch landesherrliches Rescript in allen Fällen beigelegt werden?

2) Unbestritten haben, nachdem der in Ansehung einer mater illustris obgewaltete Unterschied unpraktisch geworden ist, die unehelichen Kinder ein gleiches Erbrecht wie die ehelichen an dem Vermögen ihrer Mutter, l. 5. in f. C. 6. 58. — § 3. J. 3. 4. — l. 2. l. 8. D. 38. 8. — Pauli rec. sent. L. IV. tit. 10. § 1., so daß diese ihnen auch nicht den Pflichttheil entziehen kann; l. 29. § 1. D. 5. 4. Ist dieses aber auch auf adulterinos, incestuosos oder auch in Bigamie erzeugte Kinder zu erstrecken?

3) Im Vermögen des Vaters waren nach R. R. nur ausnahmsweise Concubinenkinder, und selbst diese nur in dem Falle, wenn weder eine Ehefrau noch legitime Descendenten

(wären es auch nur legitimati oder adoptivi, s. Glück Intestaterbfolge § 108., v. Wening-Ingenheim Lehrb. § 433.) vorhanden waren, ein mit ihrer Mutter zu theilendes Sechstheil zu erben berechtigt; es fragt sich aber, ob diese Ausnahme von der Regel, daß uneheliche Kinder ihren Vater nicht aus dem Gesetz beerben können, nachdem das canonische Recht den Concubinat verboten hat, auf die jetzt nur noch vorkommenden spurios und vulgo quaesitos anwendbar sey?

4) Erstreckt sich das Erbrecht der natürlichen Kinder außer dem Vermögen der Mutter, Großmutter und Geschwister auch auf entferntere Verwandte mütterlicher Seite?

5) Gebührt auch Brautkindern ein Successionsrecht im väterlichen Vermögen?

6) Unter welchen Voraussetzungen hat eine Putativehe die Wirkungen einer wirklichen gesetzmäßigen Ehe rücksichtlich der Legitimität und also auch der Successionsfähigkeit der daraus erzeugten Kinder, und hat die Putativehe auch in Beziehung auf besondere mit der Ehe verbundene Rechte und Privilegien die gleiche Wirkung?

7) Welche Successionsrechte haben die Adoptirten und Arrogirten in dem Vermögen ihrer leiblichen Eltern und des Adoptirenden?

8) Es ist eine bekannte Regel: die erbfähigen Descendenten succediren nach Köpfen, wenn nur Descendenten ersten Grades concurriren, nach Stämmen aber, nämlich so, daß die Stammportion unter den Concurrenten jedes besonderen Stammes nach Köpfen vertheilt wird, in allen anderen Fällen, insbesondere wenn Söhne und Töchter mit Enkeln, Urenkeln u. s. w. concurriren, oder blos Enkel vorhanden sind. Wenn aber nur von Einem verstorbenen Kinde Kindeskinder vorhanden sind, succediren diese auch nach Stämmen?

9) Können Enkel auf die großväterliche Erbschaft Anspruch machen, wenn gleich ihre Eltern der Erbschaft entsagt haben?

Erste Classe der Descendenten.*)

Zu 1) Manche Rechtslehrer bejahen zwar diese Frage unbedingt, und also auch für den Fall, wenn bereits eheliche Kinder zur Zeit der durch Rescript ertheilten Legitimation der unehelichen vorhanden waren (denn sind eheliche erst später geboren worden, so hat es ohnedieß keinen Anstand); sie machen daher keinen Unterschied in Ansehung der Wirkungen in dem einen oder dem andern Fall, s. Puchta Lehrb. d. Pand. § 450. not. g., und selbst eine Rücksicht auf Erhaltung des Pflichttheils der ehelichen Kinder wäre nach v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 398. (93.) not. 5. und § 433. (20.), Mühlenbruch Fortſ. von Glück's P. C. Bd. XXXV. S. 165. und Höpfner's Institt. Comm. § 688. rechtlich nicht nothwendig. Gegen letzteres ist aber, wie Höpfner l. c. not. 2. selbst gesteht, entschieden die gemeine Meinung; s. Hofacker Princ. jur. civ. T. I. § 597. not. 2. und T. II. § 1418., Glück Intestaterbfolge S. 307., Madihn Princ. jur. Rom. de success. § 61. not. c. Unsere im Allgemeinen abweichende Meinung, s. Bd. I. Abschn. II. Kap. III. § 10. Fr. 3. S. 700., bestätigt Glück in der Intestaterbfolge § 102. Daß übrigens die legitimati per rescr. auch den väterlichen Verwandten succediren, cf. Nov. 89. c. 11., ohne Rücksicht, ob sie zur Legitimation eingewilligt haben oder nicht, ist wohl unbedenklich gegen Leyser Med. ad Pand. Sp. 19. cor. 3. und Wernher Obs. for. T. II. P. VI. Obs. 318. als die herrschende Lehre anzuerkennen, s. Glück l. c. u. P. C. Bd. II. § 144., Kind Qu. for. T. III. c. 3. pag. 40., G. L. Böhmer's Rechtsfälle Bd. II. Abthl. 1. Resp. 128., Hofacker l. c. T. I. § 597. not. d.

Zu 2) Vermöge der l. 6. C. 5. 5. — Nov. 12. c. 1. — Nov. 74. c. 6. und besonders Nov. 89. c. 15. nebst der aus dieser entlehnten Auth. licet. — l. 8. C. 5. 27., wurden von mehreren Rechtslehrern alle ex damnato vel punibili coitu erzeugten Kinder auch von der Beerbung ihrer Mutter als ausgeschlossen erachtet, s. Vinnius ad Inst. Lib. III. tit. 4., Glück Intestaterbfolge § 104., Struben rechtl. Bedenken Bd. I. no. 48., Thibaut System d. P. R. § 857. no. IV. 1., Scholz III. jurist. Magazin Bd. I. H. 2. S. 41., was aber, wenn man consequent seyn wollte, — wie Koch de success. ab intest. § 32. Schol. 2. bemerkt — auch von den spuriis gelten müßte, weil auch das stuprum strafbar war. Allein, sowie der Gerichtsbrauch

*) Ueber die Ausschließung der Töchter von der ältesten Intestaterbfolge bei den Römern s. Hugo civilist. Magazin Bd. II. S. 97.

in Ansehung der letzteren immer gegen deren Ausschließung von der mütterlichen Erbschaft war, so sprechen auch die meisten neueren Rechtslehrer für den Ausschluß der Incestuosen (einen incestum juris divini, welcher gegen indispensable Ehehindernisse anstößt, allemal vorausgesetzt, s. Glück l. c.) nur dann, wenn die Kinder aus einer incestuosen Ehe erzeugt sind, von welcher allein die angeführten Gesetze l. 6. C. 5. 5. — Nov. 12. u. Nov. 74. sprechen, und auch die Nov. 89. c. 15. verstanden werden muß; denn wenn es von den complexibus aut incestis hier per parenthesin heißt, non enim hoc nuptias vocamus, so ist augenscheinlich vorausgesetzt, daß eine solche unerlaubte Verbindung unter der Form der Ehe de facto bestanden habe, ob sie gleich deren Namen nicht verdiene. Auf irgend eine Art außerehelich erzeugter Kinder pflegt man daher, wenn gleich Glück l. c. meint, dieß sey gleichgültig, ob der Incest in der Form der Ehe oder außerehelich begangen worden sey, doch dasjenige, was über verbotene Ehen verordnet ist, nicht auszudehnen; v. Bülow Abhandl. Thl. I. S. 226, Spangenberg prakt. Erörter. Bd. I. S. 67 rc. und im civilist. Archiv Bd. XII. S. 447., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 433. (21.), Heise D. de success. necessaria § 29 — 32., Mühlenbruch Forts. von Glück's Commentar Bd. XXXV. S. 158 rc. not. 46. u. 47. Die überwiegenden Gründe dieser Ansicht s. vorzüglich in Roßhirt's Einl. in das Erbrecht S. 213., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 827. S. 139., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 413. not. 2. Dasselbe muß denn auch gegen die Meinung Glück's in der Intestaterbfolge § 106. von den adulterinis (d. i. nach R. R. von solchen Kindern, welche Jemand mit eines Andern Ehefrau erzeugt hat, nam proprie adulterium in nupta committitur, l. 34. § 1. D. 48. 5.) gesagt werden, und ganz irrig ist es, wenn Gebr. Overbeck Meditt. Bd. XI. S. 270. u. Stryck de succ. ab intestato D. I. cap. II. § 57. das, was nach R. R. blos von der mater illustris galt, allgemein zur Anwendung bringen wollen, indem sie behaupten: das aus dem Beischlaf einer verehelichten Mannsperson mit einer ledigen Frauensperson erzeugte Kind könne in Concurrenz mit deren ehelich erzeugten Kindern seine Mutter so wenig als den Nachlaß eines ehelichen Kindes derselben erben, s. Höpfner Institt. Comm. § 690., v. Vangerow l. c., Spangenberg im civilist. Archiv Bd. XII. S. 449., Thibaut System § 857. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 433. (21.), und dasselbe muß auch ganz unzweifelhaft von den durch Nothzucht erzeugten Kindern gelten, welche Manche, z. B. Koch succ. ab intest. § 36., sogar den Kindern aus putativer Ehe gleich stellen, während Andere mit mehr Grund

sie nicht anders wie spurios behandeln; Ludolff Lehre v. d. Intestaterbfolge § 105., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 378., Busch Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen S. 412.

Zu 3) Man sagt: wenn gleich der Concubinat nicht mehr de jure bestehen könne, so könne er doch in facto vorkommen, und dann müsse man für die aus einem solchen faktischen Verhältniß entstandenen Kinder dasselbe Recht gelten lassen, welches dem römischen Concubinat eigen war; auch lasse sich aus dem Verbot des Concubinats nicht folgern, daß auch den unschuldigen Kindern das ihnen in den Gesetzen eingeräumte Recht entzogen werde, s. v. Wening-Ingenheim l. c. § 433., und ziemlich allgemein wird behauptet, daß der Gerichtsbrauch diese Meinung angenommen habe, Glück Intestaterbfolge § 109. und Busch von den Rechten geschwächter Frauenspersonen § 295., obgleich die allda angeführte Literatur fast eben so viele Gegner als Vertheidiger dieser Meinung erblicken läßt, gegen welche wohl mit Grund eingewendet wird, daß, wenn wir gleich die Möglichkeit zugestehen müssen, daß auch h. z. T. jener Zustand genau so in facto vorkommen könne, wie der Concubinat im R. R. umfänglich geregelt ist, s. l. 1. § 1. u. 2. l. 3. pr. D. de concubinis (25. 7.) — Nov. 18. c. 5. — Nov. 89. c. 12. § 4., er doch gegen ein gesetzliches Verbot nimmermehr zum Rechtsverhältniß erhoben, nicht als Entstehungsgrund von was immer für Rechten erkannt werden könne. Um so weniger können wir es billigen, daß die Praxis noch einen Schritt weiter ging, indem sie das Erbrecht der Concubinenkinder auf alle unehelichen Kinder ausdehnte, s. Glück l. c. § 109., Meister prakt. Bemerk. Bd. I. no. 14., G. L. Böhmer's Rechtsfälle Bd. III. Resp. 240. no. 18., Lyncker Decis. no. 842., Struv. Synt. jur. civ. Ex. 38. th. 23., Richter de success. ab intest. Sect. I. Membr. III. no. 5., Philippi Us. pract. Inst. Lib. III. Eclog. XXV. no. 5., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 38. tit. 18. § 18., Köchy Meditt. Bd. I. no. 6. S. 81., Günther Princ. jur. Rom. § 819., Huber Praelect. jur. civ. App. ad J. Lib. III. tit. 1—10., J. H. Boehmer Introd. in jus Dig. ad Sct. Tertull. § 7., Leyser Med. Spec. 356. med. 12. u. A. Für diese Meinung führt Glück l. c. irrig auch Berger Oecon. jur. pag. 446. an, welcher blos von Concubinenkindern spricht, und hierauf fortfährt: Spurii patri non succedunt. Sie steht sogar im offenbaren Widerspruch mit dem R. R., indem die Nov. 89. c. 12. § 4. nicht einmal den Concubinenkindern schlechthin das fragliche Erbrecht zugesteht; talibus enim solummodo hoc sancimus, ubi omnino indubitatus est et concubinae in domo affectus et filiorum ibidem

proles. Die Erstreckung des Erbrechts der Concubinenkinder auf spurios fußt durchaus auf keinem andern Grunde, als einer in Deutschland*) zwar allerdings sehr weit besonders im 17ten Jahrhundert verbreiteten, auch von den Reichsgerichten noch im 18ten Jahrhundert anerkannten, aber wie man aus den von Mayer im Intestaterbr. d. liberi naturales S. 113. u. 121 rc. mit ungemeinem Fleiß gesammelten und den in Koch Succ. ab int. § 33. angeführten Judicaten sieht, doch nicht gleichförmigen, im 18ten u. 19ten Jahrhundert von den angesehensten Rechtsgelehrten bestrittenen Praxis, welcher es an Rationabilität so sehr gebricht, daß selbst mehrere Rechtsgelehrte, welche ihr huldigen zu müssen glaubten, doch ihre eigene Ueberzeugung geradezu dagegen aussprachen, namentlich Strube, Walch, Winckler, Eberhard, v. Hartitzsch, Höpfner im Institt. Comm. § 690. Denn, obgleich das canonische Recht, indem es den Concubinat verbot, das römische beschränkte Erbrecht der aus demselben entsprungenen Kinder nicht, wie es wohl nach caus. XXII. qu. 2. c. 12. und qu. 4. c. 9. scheinen möchte, ausdrücklich aufgehoben, auch die Glosse es vielmehr fest gehalten hat, cf. Glossa in C. ad Sct. Orfit. 6. 57. l. penult. — Glossa in C. de incest. nupt. 5. 5., welcher die Rechtsgelehrten des 14ten und 15ten Jahrhunderts folgten, und dieß wohl meistens aus dem Grunde, weil das Erbrecht vom Civilrecht so lange beherrscht wird, so lange das canonische Recht nicht ausdrücklich das Gegentheil vorschreibt, so lag darin doch fürwahr kein Grund für die Jurisprudenz, erst noch ein neues im früheren Recht nie bestandenes und nicht einmal ad similitudinem qualificirtes Erbrecht zu erschaffen, daher auch die angesehensten Rechtsgelehrten dasselbe verwerfen, s. die Lehrbücher von Thibaut § 857., Mackeldey § 616. not. e., Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. Thl. III. § 632., v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 433. (19.), Schweppe Thl. V. § 827., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 413. not. 1., Seuffert § 441., Pufendorf Obs. jur. univ. T. I. Obs. 89., Gett die Rechtsverhältnisse aus der außerehel. Geschlechtsgemeinschaft S. 256., Busch l. c. § 303., Kind Qu. for. T. IV. c. 71.,

*) Nicht so in Italien, Frankreich u. den Niederlanden, s. Mayer l. c. S. 59—67. 125. Neuere Gesetzgebungen haben auch in einzelnen deutschen Ländern dieses Erbrecht aufgehoben, z. B. Sachsen im Jahre 1804. Oesterreich im Gesetzb. v. J. 1811.; Andere haben es beibehalten, z. B. Hohenlohisches Landr. v. J. 1738. Thl. V. Tit. 1. § 7 rc., Cod. Max. Bavar. Thl. III. c. 12. § 2. no. 11., Preuß. allg. Landr. Thl. II. Tit. 2. § 652., Badisches Landr. v. J. 1809. S. 756., ein Herzogl. Altenburgisches Gesetz v. J. 1823. und 1841., Coburgisches v. J. 1825., Weimarisches v. J. 1833.

Kapff merkw. Rechtssprüche S. 98. Die Kaiserliche Landgerichtsordn. Thl. III. Tit. 82. § 1. und Tit. 88. § 1—3. gesteht den außerehelichen Kindern, wenn sie nicht aus verdammter Vermischung herstammen, ein Erbrecht nur auf den Nachlaß ihrer Mutter, wenn dieselbe keine ehelichen Kinder hinterläßt, zu, nicht aber auf den Nachlaß ihres natürlichen Vaters; s. Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XV. S. 348. Uebereinstimmend sind die Erk. des O. A. G. in Kiel und Lübeck; s. Seuffert's Archiv Bd. VI. H. 2. S. 302 ꝛc. Wo indessen Particularrecht oder ein besonderer Gerichtsbrauch für ein solches Erbrecht besteht, können noch darüber Zweifel erwachsen, ob h. z. T. noch die Mutter an dem Sextante participiren kann?

Dieß wird von Einer Seite bezweifelt, weil die Mutter aus einem facto illicito lucriren würde, s. Biener Diss. varias jur. civ. quaest. tractans, Qu. I. Lips. 1797., von anderer Seite aber bejaht, weil der Geschwächten im Allgemeinen Entschädigungsansprüche gegen den Schwängerer zugestanden werden; Glück Intestaterbf. § 109., Rosmann D. de succ. concubinae Cap. II. § 10., Carpzov P. I. Dec. 167.

Da die liberi naturales nur dann den Sextantem fordern können, wenn weder eine Wittwe noch legitime Kinder vorhanden sind, so kann in dem Fall, wenn im Mangel letzterer zwar eine Wittwe vorhanden, aber nach den Ehepakten mit einer gewissen Summe abgefunden ist und deshalb nicht erben kann, Zweifel entstehen, ob dann die liberi naturales mit ihrem auf diesen Fall nicht vollkommen passenden Anspruch durchdringen können? Wenn nämlich die Seitenfreunde, welchen in diesem Fall die Erbschaft ex lege deferirt wird, die liberos naturales zurückweisen wollen, so scheint ihnen entgegenzustehen, daß sie aus einem blos der Wittwe zustehenden Recht nicht opponiren können. Dagegen kommt aber in Betracht, daß die Seitenverwandten hier nur ihr eigenes Successionsrecht ausüben, welches die liberi naturales nicht zu verringern vermögen, da der Fall, in welchem ihnen eine Concurrenz gegeben ist, durch das Vorhandenseyn einer Ehefrau ausgeschlossen wird. Es kann nämlich darauf nicht weiter ankommen, ob diese auch wirklich miterbe, oder nicht, denn gewöhnlich ist der Fall, daß sie wenigstens nicht allein, häufig, daß sie nur zu einem kleinen Theil erbt, daher die Ausschließung der naturales gewöhnlich auch den Seitenverwandten zu Gute kommt, sie folglich allerdings de jure proprio excipiren. So wurde bei den höheren Gerichtshöfen des Königreichs Würtemberg erkannt, s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 98.

Endlich kann auch gefragt werden, ob die Mutter auf den sextantem, welchen das uneheliche Kind mit ihr zu theilen hat, auch dann, und zwar den vollen Anspruch zu machen hat, wenn das uneheliche Kind bereits gestorben ist, oder den Erbtheil ausgeschlagen hat?

Glück in der Intestaterbfolge § 108. S. 332. ist der Meinung, daß der Mutter in diesem Falle der sextans allein gehöre, dagegen Höpfner im Institt. Comm. § 690. not. 7. und Rosmann de succ. concubinae ihr immer nur $\frac{1}{12}$tel zugesteht, indem nach Nov. 18. c. 5. und nach der Glosse hierzu die duae unciae als zwei Erbtheile betrachtet werden, von denen einer den gesammten Kindern, der andere der Mutter zufällt, demnach letztere nie mehr als $\frac{1}{12}$tel erhalten könne. Dafür spricht auch die Analogie der in Nov. 89. c. 12. für die facultas testandi des natürlichen Vaters gegebenen Vorschrift, daß er, wenn eheliche Kinder vorhanden sind, den natürlichen Kindern und seiner Concubine zusammen nur $\frac{1}{12}$tel, wenn aber die Concubine allein vorhanden ist, dieser nur $\frac{1}{24}$tel soll verschaffen können, dagegen das Mehrere den ehelichen Kindern zufällt.

Zu 4) Die l. 2. u. 4. D. unde cognati (38. 8.) spricht blos das reciproke Erbrecht zwischen dem Kinde und dessen Mutter und Geschwistern, sowie l. 8. eod. gegen die Großmutter mütterlicher Seite aus, weshalb mehrere Rechtslehrer dasselbe nur auf die benannten Personen einschränken, indem alle bonor. possessiones streng genommen werden müßten; Cujacii Obs. Lib. 26. c. 23., Bynkershoeck Obs. jur. Rom. Lib. III. c. 11., Biener in not. ad Heineccii Element. § 760. — Allein folgende Gründe streiten für das uneingeschränkte Erbrecht natürlicher Kinder in dem Vermögen der mütterlichen Verwandten: das Edict unde cognati sieht nicht auf die dem R. R. eigene Succession aus der Agnation und dem Hausrecht, sondern blos auf das naturale sanguinis vinculum, auf naturalem aequitatem, es war auch zum Cognationsrecht nicht die eheliche Geburt erforderlich, § 4. J. 3. 5., und die bonor. poss. unde cognati war bis auf den 6ten Grad gegeben, § 5. J. eod. Insbesondere heißt es im § 4. cit.: tantum ergo cognati sunt sibi sicut et matri cognati. Itaque omnibus istis ex ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur, und der Kaiserliche Paraphrast lib. 3. tit. 5. § 4. sagt: sed ex matre meretrice nati fratres cognatica jura inter se habent, ut etiam adversus omnem cognatum ex matre illis conjunctum, s. Madihn Miscellen Bd. I. no. 24. S. 120., Mackeldey Lehrbuch d. h. R. R. § 616., Tafel auserlesene Rechtssprüche Bd. I. S. 167.

Zu 5) Fast von allen, und selbst von vielen der entgegengesetzten Meinung ergebenen Rechtslehrern, s. Busch Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen S. 396. § 293. not. 1. u. 2., wird der Gerichtsbrauch dahin bezeugt, daß die Brautkinder für legitim und erbfähig alsdann erachtet werden, wenn ein gültiges Eheverlöbniß stattgefunden hat, und die Copulation durch den eingetretenen plötzlichen Todesfall des Bräutigams oder durch bösliche Verlassung der Braut verhindert worden ist, s. Glück Intestaterbf. § 97. u. P. C. Bd. II. S. 118., wo sich eine vollständige Literatur über diese Streitfrage findet.*) Die meisten Rechtslehrer erstrecken diesen Grundsatz auch auf die Succession in die väterlichen Lehengüter, wogegen aber bedeutende Autoritäten streiten, s. Weber Handb. d. Lehenrechts Thl. III. S. 260., Boehmer Princ. jur. feud. § 123., Busch l. c., und um so mehr Bedenken obwaltet, als eine Lehensobservanz dafür zu beweisen eine sehr schwierige und doch indispensable Aufgabe seyn würde. Im bürgerlichen Recht übrigens ist es zweifelhafter, ob der Beweis eines allgemeinen deutschen Gewohnheitsrechts zu Gunsten der Brautkinder — wo nämlich nicht schon ein besonderer Gerichtsbrauch, welcher dem Gericht von selbst bekannt seyn muß, entscheidend vorliegt — nothwendig ist, wie wir in Bd. I. S. 508. bei Behandlung des Eherechts Kap. III. § 1. Nr. 28—30. angenommen haben, und womit auch Mittermaier im deutsch. Privatr. § 435. not. 1. übereinstimmt, wenn er sagt: „gemeinrechtlich läßt sich nicht allgemein die Erbfähigkeit der Brautkinder aufstellen,“ oder ob ein solches Gewohnheitsrecht, welchem wir eben so wohl als dem Gesetz**) die Kraft zuschreiben müssen, ein Princip der Billig-

---

*) Für die verneinende Meinung ist jedoch noch beizufügen: Schweppe röm. Privatr. Thl. V. § 827., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. III. S. 180. (§ 19.), Thibaut System des P. R. § 857. (Ed. 8.), Mühlenbruch Lehrb. der Pand. Bd. III. § 508. In Zweifel läßt die Sache gestellt Boehmer J. E. P. T. III. Lib. 4. tit. 3. § 50.

**) Solche gesetzliche Fürsehung zum Besten der Brautkinder ist in Preußen, Sachsen und Würtemberg getroffen, s. civilist. Archiv Bd. XIII. S. 122. not. 4. — Auch im Königreich Hannover, s. v. Bülow und Hagemann prakt. Erörter. Bd. I. S. 140., und im Churfürstenthum Hessen, s. Strippelmann neue Samml. bemerkenswerther Entscheidungen Thl. I. S. 290., desgl. im Nassauischen ist das Erbrecht der Brautkinder anerkannt. Für dasselbe spricht auch Siebenkees v. d. Intestaterbfolge nach Nürnbergischen Rechten S. 33. § 15. Nach einem Urtheil der Facultät in Leipzig, s. Emminghaus Sächs. Pand. S. 254. no. 30.; vergl. Hommel Rhaps. Obs. 706., erben Brautkinder selbst dann, wenn beide Theile von der Sponsation abgehen.

keit zu stabiliren, als gemeinkundig angenommen werden dürfe. Uehlein im civil. Archiv Bd. XIII. S. 121. — während gleichwohl auch er einen entgegenstehenden Gerichtsbrauch unter Anführung von 33 Gewährsmännern anerkennt — unterscheidet zwischen den Angehörigen der katholischen und der protestantischen Kirche. Für die letztern könne ein Brautkind nicht als legitim gelten, weil die Bedingung einer gültigen Ehe — kirchliche Trauung und Einsegnung — fehlt, und eben so wenig bei den dem Concilio Tridentino unterworfenen Katholiken, wenn nicht der Eheconsens vor dem Pfarrer und zwei Zeugen, oder falls der competente Pfarrer nicht zu haben ist, wenigstens vor zwei Zeugen (nach der Entscheidung der congreg. interpr. Trident.) erklärt worden ist. Anders aber wäre in denjenigen katholischen Orten zu entscheiden, wo das Decret der Tridentinischen Kirchenversammlung nicht durch die in dessen cap. 1. a. E. ausdrücklich erforderte Promulgation gesetzliche Kraft erlangt hat. Indem nun der Verf. nachweist, daß in vielen katholischen Staaten die Disciplinarverordnungen des Tridentini theils gar nicht, theils nur modificirt angenommen worden sind, behauptet derselbe, daß allda die Brautkinder nothwendig als legitim gelten müßten, weil die frühern Bestimmungen des canonischen Rechts sponsalia de futuro accedente concubitu cum consensu matrimoniali in sponsalia de praesenti, d. i. in eine wirkliche Ehe verwandelt haben; vergl. auch folgenden § 2. Nr. 1. lit. g.

Zu 6) Vorausgesetzt wird, daß die Ehe öffentlich und förmlich und wenigstens von Seite Eines der beiden Eheleute bona fide, nämlich in entschuldbarer Unkenntniß *) des Ehehindernisses vollzogen worden sey, c. 2. u. 14. X. qui filii sint legitimi (4. 17.), denn wenn beide Eheleute dasselbe kannten, oder nur nicht kennen wollten, so werden die Kinder als uneheliche angesehen; c. 3. § 1. X. de clandest. despons. (4. 3.), Boehmer Princ. jur. can. § 386., v. Hartitzsch Eherecht § 19. Entschuldbar wäre die Unkenntniß nicht, wenn die Ehegatten durch Umgehung des öffentlichen Aufgebots selbst verhindert hätten, das entgegenstehende Hinderniß in Erfahrung zu bringen, cum illi taliter contrahendo non expertes scientiae vel saltem affectatores ignorantiae videantur, c. 3. § 1. X. cit., Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. III. Thl. I. Resp. 248. § 32. S. 94. Die Putativehe hat für die Kin-

*) G. L. Böhmer in den auserlesenen Rechtsfällen Bd. I. S. 172. macht hierbei auch den Grundsatz geltend: ignorantia facti alieni praesumitur; l. 21. D. de probat. (22. 3.) praesumitur enim ignorantia, ubi scientia non probatur, c. 47. de reg. jur. in VIto.

der alle Wirkungen der wirklichen Ehe in Beziehung auf ihre Eltern; das reciproke Successionsrecht der Eltern in das Vermögen des Kindes muß aber, wenn Eines von ihnen das Hinderniß kannte, auf den mit demselben unbekannten Ehetheil eingeschränkt bleiben; Koch Succ. ab int. § 51., Glück Intestaterbf. § 113., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Thl. III. S. 180. (§ 19.), Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 512. u. 616. Wenn aber auch beide Theile und ihre Kinder sich der bürgerlichen Wirkungen des ehelichen Standes zu erfreuen haben, so werden sich diese gleichwohl nicht über die Gränzen des Familienrechts hinaus erstrecken lassen. Schott im Eherecht S. 277. § 138. legt deshalb der Putativehe nicht auch diejenigen Wirkungen bei, welche ihren Grund in besonderen mit der Ehe verknüpften Rechten und Privilegien haben, und Hommel Rhaps. Obs. 415. behauptet, daß Dritten kein Nachtheil daraus erwachsen dürfe. Die bona fides kann nämlich wohl die Nachtheile aufheben, welche die Ehegatten außerdem erleiden würden, aber ihnen keine Vortheile auf Kosten Dritter erwerben. Demnach würde in einem Staate, welcher für seine Diener ein gesetzliches Pensionssystem begründet hat, die Wittwe aus einer Putativehe schwerlich gegen den Staat das Recht auf Pensionirung behaupten können, es wäre denn, daß der Landesherr ausdrücklich diese Ehe genehmigt hätte.

Zu 7) Communis opinio Doctorum, welche neuerlich v. Vangerow Pand. Bd. II. § 412. gegen die Angriffe einiger neueren Schriftsteller, namentlich Glück P. C. Bd. XXXV. S. 169., v. Löhr im Magazin Bd. III. no. 11., Hunger das röm. Erbrecht S. 407. umfänglich vertheidigt hat, geht dahin:

A) die adoptio minus plena betr.

Das Successionsverhältniß des unvollkommen Adoptirten zu seinen leiblichen Eltern und Geschwistern wird von ihr gar nicht berührt, denn durch die adoptio minus plena tritt der adoptatus nicht aus der leiblichen Familie heraus, wird auch kein heres suus des Adoptivvaters und eben so wenig Erbe der übrigen Familienglieder des Adoptivvaters § 2. u. 11. J. 1. 11. — l. 10. pr. § 1. u. 5. C. 8. 48., und der Adoptivvater erbt ihn gar nicht, er aber erlangt in dem Vermögen des Adoptivvaters, so lange das Band nicht durch Emancipation gelöst wird, in dem Fall, wenn er ohne Testament stirbt, ein Erbrecht neben den leiblichen Kindern des Adoptivvaters.

B) Ein anderes Verhältniß aber wird durch die arrogatio und adoptio plena gebildet, denn solche Adoptivkinder kommen in die väterliche Gewalt und in die Familie des Adoptivvaters, sie erlangen daher

gegen ihn das völlige Erbrecht der sui heredes, schließen demnach alle Verwandte des Adoptivvaters in der aufsteigenden und Seitenlinie aus, und erben zugleich mit dessen leiblichen Kindern. Vermöge dieses der Blutsverwandtschaft gleichgestellten Verhältnisses beerben solche adoptivi den Adoptivvater*) und werden auch hinwiederum von demselben beerbt, nur findet dann in Ansehung des Erbrechts des arrogator in dem Vermögen des arrogati eine Ausnahme Statt, wenn dieser in der Unmündigkeit stirbt. Der arrogator darf auch das geknüpfte Familienband nicht ganz willkührlich durch Emancipation auflösen, denn, thut er es ohne gerechte Ursache, so muß er dem arrogirten Unmündigen den vierten Theil seines Vermögens (quartam Divi Pii) überlassen. Eben so wenig darf er ihn ohne gerechte Ursache exherediren; vergl. Bd. I. Abthl. II. Kap. III. § 10. lit. b. Fr. 2. 8. 9. S. 708. 710. Ueber die möglichen Fälle, wo Adoptirte zur Succession in Lehen und gemischte Erblehen des Adoptivvaters gelangen können, s. Weber Handb. des in Deutschland üblichen Lehenr. Thl. III. S. 238. u. 344. Als bekannt kann übrigens angenommen werden, daß weder der plene noch der minus plene Adoptirte oder der Arrogirte der Ehefrau des Adoptivvaters und den Verwandten der mütterlichen Linie desselben succediren kann; l. 23. D. 1. 7.

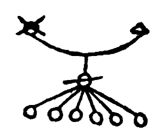
Streitig ist nur die Frage: ob der arrogatus oder plene adoptatus neben dem Erbrecht, welches er im Vermögen seines Adoptivvaters erlangt, auch noch das Erbrecht in seiner leiblichen Familie behält? Einige behaupten noch die Geltung der in l. 10. C. 8. 48. enthaltenen Negative, mit Ausnahme des Falles der von einem Ascendenten geschehenen Adoption, s. Mühlenbruch in der Forts. von Glück's P. C. Bd. XXXV. S. 169 rc., oder räumen ihm die Succession wenigstens

---

*) Darüber, ob der Adoptirte auch den Ascendenten des pater adoptans succedire, sind die Meinungen verschieden. Manche negiren dies durchaus, s. Schömann Obs. jur. pag. 3—8. Andere gestehen es nur zu, wenn die Ascendenten des Arrogirenden in die Arrogation eingewilligt haben, s. Koch Succ. ab intest. § 66., wieder Andere stellen die reine Affirmative auf, denn während man allgemein zugestehe, daß das adoptirte Kind Agnat der Agnaten des Adoptirenden werde, sey kein hinreichender Grund vorhanden, warum dem adoptirten Kinde die Agnaten-Ascendenten nicht auch als solche gelten sollen, s. Braun Erörter. zu Thibaut § 491. Hierbei ist indessen zu beachten, daß die Adoptivverwandtschaft zwar einen vollkommenen Successionsgrund abgibt, aber nur während ihrer Dauer. Durch Aufhebung des Adoptiv-Verhältnisses wird der Successionsgrund beseitigt. Der Adoptirte beerbt demnach zwar den Adoptivvater, aber von dessen Tod an nicht mehr einen Verwandten desselben; s. Puchta Vorlesungen Thl. II. § 454.

nicht in der Classe unde liberi, sondern nur in der Classe unde cognati ein, s. Büchel civilrechtl. Erörter. Bd. II., Streitfragen aus der Nov. 118. S. 41. Andere dagegen behaupten, daß jene Vorschrift durch die Nov. 118. aufgehoben sey, mithin ein solcher Adoptirter seinem leiblichen Vater so gut wie seinem Adoptivvater succedire, Struv. Exerc. 38. th. 20., Koch succ. ab intest. § 40. u. 41., Braun Erörterungen zu Thibaut § 682., v. Löhr l. c., v. Vangerow l. c. § 412., was wohl unbedenklich als die gemeine Meinung anzuerkennen ist; s. vorzüglich Sintenis prakt. Civilr. Bd. III. S. 118. not. 55. Ueber die Streitfrage, ob der plene adoptatus auch Pflichttheilsrecht gegen seinen leiblichen Vater habe, s. unten Kap. IV. § 1. Fr. 2.

Zu 8) Es scheint diese Frage zwar verneint werden zu müssen, weil da von Stämmen nicht die Rede seyn kann, wo nur Ein Stamm existirt, und in dem Fall, wenn es sich blos um die Vertheilung der Erbschaft unter diesen Kindeskindern allein handelt, ist die Frage auch ganz überflüssig. Sie ist aber nicht gleichgültig, wenn eine Wittwe concurrirt, indem die Berechnung ganz verschieden ausfällt, je nachdem nach Stämmen oder nach Köpfen succedirt wird. Die Nov. 117. c. 5. bestimmt, daß die arme Wittwe, wenn sie mit mehr als drei ehelichen Kindern des verstorbenen Ehemannes concurrirt, einen Virilttheil erhalten müsse, außerdem aber ihr ¼ unverkürzbar wie ein Pflichttheil zukomme. Nun setzen wir folgendes Schema



Rechnet man hier die 6 Enkel für einen Stamm, so tritt für die arme Wittwe die letztere quota ein, dagegen sie nur ⅐ erhielte, wenn nach Köpfen succedirt wird. Es ist aber gegen die von Glück in der ersten Ausgabe der Intestaterbfolge S. 83. u. 288. angenommene, in der späteren Ausgabe aber von ihm selbst widerrufene Meinung allgemein angenommen, daß von der Regel der Nov. 118. c. 1., gemäß welcher Descendenten des zweiten Grads oder folgender Grade nach Stämmen succediren, keine Ausnahme stattfinde; Mackeldey Lehrbuch § 622., v. Vangerow l. c. § 415. Als bekannt kann übrigens angenommen werden, daß Kinder aus verschiedenen Ehen nur ihren leiblichen Ascendenten beerben können, wenn keine Einkindschaft errichtet worden ist, von welcher in Bd. I. Kap. III. § 10. lit. c. von der Einkindschaft S. 712 ff., sowie ebend. § 9. lit. b. S. 667 ff. von dem väterlichen Nutznießungs-

recht an den Adventitien der Kinder*) gehandelt wurde, da dieses, sowie die Concurrenz der Wittwe mit den Kindern des verstorbenen Mannes fast überall durch Landesrechte, aber auch in vielfacher Verschiedenheit unter dem Einfluß germanischer Elemente geregelt ist (vergl. Mittermaier deutsch. Privatr. § 382—414. der 6. Ausg.), so muß darauf hier lediglich verwiesen werden.

Zu 9) Mehrere Rechtsgelehrte behaupten, daß der Verzicht der Eltern von den Kindern, welche an ihre Stelle treten, gleichfalls beobachtet werden müsse, s. Stryck de success. ab intest. Diss. VIII. c. 10. § 77., welcher übrigens l. c. § 76. anerkennt, daß *opinio communis* seiner Meinung entgegen sey, und diese hat auch guten Grund, da ja die Enkel nicht aus der Person ihrer Eltern, sondern vermöge des ihnen in den Gesetzen gegebenen Erbrechts succediren, so kann dieses ihnen dadurch nicht benommen werden, daß ihre Eltern renunciirt haben, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 192., Hommel Rhaps. Vol. I. Obs. 55., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. § 456., Beseler die Lehre von den Erbverträgen Bd. II. S. 250., Wolff gem. deutsch. Privatr. Bd. I. S. 422., insbesondere auch dann nicht, wenn diese ihren Verzicht ausdrücklich auf ihre Nachkommen, jedoch ohne diese oder deren Vertreter beizuziehen, erstreckt haben; s. Mühlenbruch in Glück's P. C. Bd. XXXVIII. S. 94., Stryck de succ. ab int. Diss. VIII. c. 10. § 79. Zweifelhafter ist es freilich, wenn die Nachkommen den parens, welcher für sich und seine Erben verzichtet hat, wirklich beerbt haben. Hier halten Mehrere den Verzicht für wirksam, s. Stryck l. c. § 79., Cramer de pacto hereditario renunciativo filiae nobilis Tr. I. Marb. 1731. § 52. Mühlenbruch l. c. hält aber dafür, daß z. B. das Notherbenrecht des Enkels im großväterlichen Vermögen durch den Erbverzicht seines Vaters auch dann nicht ausgeschlossen werden könne, wofern er nicht in der väterlichen Erbschaft nach Abzug der Legitima noch den vollen Werth des großväterlichen Erbes findet, und von seinem Vater gehörig zum Erben eingesetzt ist, mit der Auflage, an die großväterliche Erbschaft keinen Anspruch zu machen. — Außerdem ist es gewiß zweckmäßig, das Princip walten zu lassen, und die Enkel nur zur Collation desjenigen, was ihr

---

*) S. hierüber vorzüglich Schrader's Abhandl. aus dem Civilr. Bd. I. S. 129., Glück Intestaterbfolge S. 302., Roßhirt das Erbrecht S. 182., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 415. not. 2.

parens bei Gelegenheit des Erbverzichts aus dem großelterlichen Vermögen erhalten hat, anzuhalten; s. H. Pistor Qu. Jur. no. 54. qu. 7., cf. Stryck l. c. § 79., s. unten Kap. XIII. B. Fr. 2.

---

§ 2. Zweite Classe. Erbfolge der Ascendenten, vollbürtigen Geschwister und vorverstorbener vollbürtiger Geschwister Söhne und Töchter. *)

1) Man stellt gewöhnlich die Reciprocität als Princip der Ascendentenfolge auf; wie nämlich Descendenten ihre Ascendenten beerbt haben würden, so werden die Descendenten hinwiederum von ihnen beerbt. Welche Ausnahmen von dieser Regel sind jedoch zu bemerken?
2) Wie verhält sich das Successionsrecht der Ascendenten in das Vermögen eines adoptirten Kindes, wenn leibliche Eltern mit dem Adoptivvater concurriren?
3) Wie wird in dieser Classe succedirt, wenn blos leibliche Ascendenten, deren aber Mehrere vorhanden sind? oder
4) wenn mit ihnen vollbürtige Geschwister concurriren? oder
5) wenn Ascendenten, Geschwister und Geschwisterkinder concurriren? oder
6) wenn blos vollbürtige Geschwister vorhanden sind? oder
7) blos Kinder von vollbürtigen Geschwistern? oder
8) blos vollbürtige Geschwister und Geschwisterkinder concurriren? oder
9) wenn Ascendenten mit Kindern von Geschwistern concurriren?
10) Welche Geschwister sind in der Lehre von der Erbfolge als vollbürtige anzuerkennen?
11) Succediren die Kinder verstorbener vollbürtiger Geschwister auch dann in capita, wenn eines verstorbenen Halbbruders Kinder daneben vorhanden sind?

---

*) Im Allgemeinen wird natürlich hier die Erbfähigkeit derselben vorausgesetzt, insbesondere in Betreff der Geschwisterkinder, daß sie in Ansehung ihres verstorbenen Vaters oder ihrer verstorbenen Mutter erbfähig sind, und diese wieder in Beziehung auf den Erblasser erbfähig gewesen seyn würden; Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 623. Geschichte, Bedingungen und Darstellung des Erbrechts der Mutter vor der Nov. 118., desgl. Geschichte und Darstellung des Erbrechts der Geschwister vor der Nov. 118., s. Grolmann's Magazin Bd. IV. no. 8. u. 9.

12) Wenn neben den Geschwisterkindern ein Vatersbruder oder Mutterbruder vorhanden ist, findet dann successio in stirpes oder in capita unter den Geschwisterkindern Statt?

Zu 1) Ausnahmsweise tritt in folgenden Fällen keine Reciprocität ein:

a) wenn ein Kind in putativer Ehe erzeugt ist, so succedirt es zwar beiden Eltern unbedingt, aber umgewandt kann ihm der Vater oder die Mutter alsdann nicht succediren, wenn diese oder jener nicht in bona fide war; Koch succ. ab int. § 51., Glück Intestaterbf. § 113.

b) Im Fall einer adoptio minus plena hat der adoptans kein Erbrecht am Vermögen des adoptatus, obgleich dieser den adoptans erbt, wenn derselbe kein Testament gemacht hat; l. 10. § 1. in f. C. 8. 48.

c) Der Verpfleger eines Wahnsinnigen beerbt zwar diesen an der Stelle der Verwandten, welche die ihnen obliegende Pflicht nicht erfüllt haben, aber ein solcher Verpflegter succedirt nicht seinem Wohlthäter.

d) Die Kinder, welche ihren Vater nicht von der Sklaverei loskaufen wollen, können zwar ihren Vater nicht beerben, wohl aber werden sie von ihm beerbt; Nov. 115. c. 3. no. 13.

e) Die arme Ehefrau beerbt zwar ihren reichen Ehemann, s. Nov. 117. c. 5., daß dies aber umgewandt der Fall sey, sagt das Gesetz nicht, weshalb es auch von den meisten Rechtsgelehrten nicht statuirt wird; Madihn Miscellen Bd. I. S. 126., Hagemeister D. jura conjugum secundum Nov. 117. c. 5. haud esse reciproca. Gryph. 1801.

f) Wenn man ein Successionsrecht unehelicher Kinder in sextantem des väterlichen Vermögens annimmt, so ist es von Mehreren bezweifelt, ob dieses Successionsrecht reciprok sey; Vinnius ad § 3. J. de Scto. Orphit. (3. 4.), Schmalz Instit. § 406. Allein hier statuirt die Nov. 89. c. 13. deutlich genug die Reciprocität; Höpfner Instit. Comm. § 693., Dabelow System des Civilr. § 1880., Madihn Miscellen S. 124.

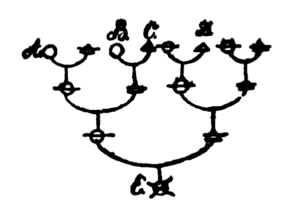
g) Der Satz, daß Brautkinder ihren natürlichen Vater und dessen Ascendenten gleich ehelichen Kindern beerben, darf wohl als ziemlich feststehend in der deutschen Praxis angenommen werden; ob aber umgekehrt der natürliche Vater auch ein Erbrecht in dem

Nachlaß des Brautkindes habe, was Koch succ. ab intest. § 52. bejaht, darüber divergiren die Erkenntnisse. Daß ihm solches dann nicht zuzugestehen sey, wenn er die Vollziehung der Ehe verweigert hatte, liegt wohl außer Zweifel, und so wohl auch im Fall seiner mora. Hat er aber von seiner Seite Alles zur Vollziehung der Ehe gethan, und sein Ziel nur wegen Weigerung der Braut, oder wegen eines in ihrer Person liegenden Hindernisses, z. B. Krankheit, nicht erreichen können, so wird man ihm wohl nicht das Erbrecht in das Vermögen des von ihm anerkannten Kindes versagen können; s. Zimmermann im civilist. Archiv Bd. XXXVIII. S. 194.

Zu 2) Die leibliche Mutter succedirt allemal, ihr Kind mag arrogirt oder von einem Ascendenten adoptirt seyn, nicht minder, als wenn es von Jemand minus plene adoptirt worden ist; jedoch nach der Nov. 118. nicht mehr mit Ausschluß des Adoptivvaters, wie dies früher nach dem Scto. Tertulliano, l. 2. § 15. l. 3. D. 38. 17., der Fall war; s. Glück Intestaterbfolge § 114., Mühlenbruch im P. C. Bd. XXXV. S. 229. Zweifelhafter ist es, ob der leibliche Vater nicht den Adoptivvater des plene adoptirten Kindes ausschließe, wie nach l. 10. C. 8. 48. zu statuiren wäre, s. Lehr in Hagemann's und Günther's Archiv f. d. theoretische u. prakt. Rechtsgel. Thl. V. S. 194., oder ob der Adoptivvater den leiblichen Vater ganz ausschließe, wie Mühlenbruch l. c. S. 226. aus dem Grunde annimmt, weil immer nur Einer die Rechte des Vaters habe ausüben können, oder ob beide leibliche Eltern neben dem Adoptivvater nach Virilportionen erben. Das Letztere hat, wie Mühlenbruch l. c. S. 225. selbst anerkennt, die Autorität der meisten Rechtslehrer für sich; Glück Intestaterbf. § 114., Stryck de succ. ab intest. Diss. II. cap. 1. § 36., Koch Succ. ab int. § 65. u. 66., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1422., Wernher Comm. in Pand. Lib. 38. tit. 17. § 12., Schmitt Lehre von der Adoption § 60., Roßhirt Erbrecht S. 320., Francke das Recht der Notherben S. 188., Büchel Streitfragen S. 64., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 412. not. 1. no. 4., Thibaut System § 860. (Ed. 8.)

Zu 3) Unter den Ascendenten schließt ohne Unterschied der Linie und des Geschlechts immer der nähere den entfernteren aus, und die Ascendenten gleichen Grades erben gleichheitlich, so daß die eine Hälfte auf die Ascendenten väterlicher und die andere auf die Ascendenten mütterlicher Seite fällt; Nov. 118. c. 2. In jeder der beiden Linien erhalten dann die im Grade sich gleichstehenden Personen Kopftheile. Abweichend

sind zwar Mehrere im letzten Punkte, indem auch da wieder Theillinien angenommen werden wollen; Ludolff system. Lehre v. d. Intestaterbf. § 136., Stryck de succ. ab intest. Diss. II. c. 1. § 20., Schrader civilr. Abhandl. S. 185., Zachariä Institutionen des R. R. S. 666. Allein s. dagegen Glück l. c. § 118. S. 365., Roßhirt Erbrecht S. 315., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1423., Thibaut System des P. R. § 861. (Ed. 8.), Schweppe röm. Privatr. Bd. V. S. 143. u. 147. § 830 b., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 416. not. 2. Z. B.



Wenn E. von der väterlichen Linie den Urgroßvater A. und die beiden Eltern der väterlichen Großmutter B. u. C., dann von der mütterlichen Linie die Urgroßmutter D. hinterläßt, so erhält die mütterliche Urgroßmutter D. die Hälfte, die väterlichen Urgroßeltern A., B., C. aber theilen sich in die andere Hälfte, nicht nach Linien, sondern nach Köpfen. In der Nov. 118. ist nämlich nur vorgeschrieben, daß, wenn Ascendenten allein vorhanden sind, die eine Hälfte auf die väterliche Linie des Erblassers, und die andere auf die mütterliche Linie desselben fallen solle, und daß dann diese Hälfte unter die gleich nahen Ascendenten zu vertheilen sey. Daß bei einer Spaltung der höheren Linie noch einmal gespalten werden solle, sagt die Novelle durchaus nicht, und so bleibt hier nichts übrig, als das gewöhnliche Princip der communio, daß mehrere Personen, welche indefinite mit einander gerufen sind, nach Köpfen zu theilen haben; s. Braun Erörterungen zu Thibaut § 686. Si eundem gradum habeant, *ex aequo* inter eos hereditas dividatur sagt die Nov. ohne weiteren Unterschied.

Zu 4) Wenn Ascendenten, es seyen nun Eltern oder Großeltern, mit den Geschwistern concurriren, so tritt successio in capita ein; Nov. 118. c. 2. ut et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem.

Hier ist aber zu bemerken, daß der Vater, wenn er auf diese Weise sein verstorbenes Kind neben dessen Geschwistern beerben will, nicht auch noch den Nießbrauch an den den Letzteren angefallenen Erbtheilen behaupten kann, Nov. 118. c. 2., ob ihm gleich dieser sonst an deren Ab-

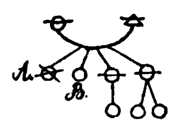
ventizgut zusteht. Zufolge dieser Vorschrift der gedachten Novelle kann aber der Fall eintreten, daß der Vater sogar einen bisher schon besessenen Nießbrauch verlieren würde. Dem zu beerbenden Kinde kann nämlich bei seinen Lebzeiten schon ein Adventizgut angefallen seyn. Durch den Tod des Kindes fällt aber dieses mit dessen übrigem Vermögen in die Erbtheilung, und dadurch ginge also nach der Novelle dem Vater in so weit der bisher gehabte Nießbrauch an dem im Nachlaß des verstorbenen Kindes befindlichen Adventizgut verloren. Dies scheint unbillig, und deshalb sind die Meinungen der Rechtslehrer sehr getheilt. Viele halten dafür, daß dem Vater die bereits gehabte Nutznießung nicht mehr entzogen werden könne. Z. B. das Kind stirbt mit Hinterlassung eines anderwärts erlangten Vermögens, woran der Vater die Nutznießung hatte, welches aber nun Vater und Mutter gleichheitlich erben; — hier soll der der Mutter anfallende Theil noch ferner der väterlichen Nutznießung unterworfen bleiben; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. no. 79., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 386. — Oder ein Kind, dem schon ein Muttergut angefallen ist, hinterläßt zu Erben Vater und Geschwister; auch da wird von Vielen gleichförmig statuirt: das in dem Nachlaß begriffene Muttergut des verstorbenen Kindes könne durch die Theilung nicht wieder dem väterlichen Nießbrauch entzogen werden; Stryck de succ. ab int. Diss. II. c. 1. § 13., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. § 578., Malblanc Princ. jur. T. II. § 512., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. III. § 434. (25.), Seuffert Pand. § 488., Schweppe röm. Privatr. § 834 a., aber aus mehrfachen Gründen, und da das Gesetz keinen Unterschied macht, ist, wie Thibaut, s. Braun's Erörter. zu § 686., bezeugt, der Grundsatz in Praxi angenommen, und von den meisten Neueren auch der Theorie nach vertheidigt, daß der Vater, wenn er mit den Geschwistern des verstorbenen Kindes erben will, den Nießbrauch an dessen Nachlaß, er möge bestehen, worin er wolle, weiter nicht in Anspruch nehmen könne; s. Roßhirt Erbrecht S. 339., v. Löhr im civilist. Archiv Bd. X. S. 165., Zimmern Rechtsgeschichte Bd. I. § 190., Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. § 569. no. 6., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 416. not. 3., Arndts im Rechtslex. Bd. V. S. 682. not. 99., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. XI. S. 206.

Zu 5) Hier succediren die Ascendenten und leiblichen Geschwister nach Köpfen, die Kinder der vollbürtigen Geschwister aber nach den Stämmen; s. Nov. 127. c. 1., Puchta Vorlesungen Bd. II. § 457.

Zu 6) Diese succediren unbezweifelt in capita, sowie auch

Zu 7) für die successio in capita durch den Reichstagsabschied v. J. 1529. § 31. entschieden ist.

Es kann aber doch der Fall eintreten, daß Geschwisterkinder allein erben, und doch nicht in capita, sondern in stirpes succediren, z. B. nach folgendem Schema:



Stirbt nämlich B. vor Antretung der Erbschaft des A., oder schlägt er sie aus, so wird zwar dessen vacanter Erbtheil den Geschwisterkindern accresciren, aber die Erbfolge in stirpes wird dadurch nicht in eine successio in capita verwandelt, weil bei dem Successionsrecht immer nur auf die Todeszeit des Erblassers zu sehen ist; Glück Intestaterbf. § 126., Roßhirt Zeitschr. für Civil- u. Criminalr. Bd. I. S. 382. und dessen Lehrb. über das Erbrecht.

Zu 8) Hier ist gleichfalls durch die Nov. 118. c. 3. für die successio in stirpes entschieden.

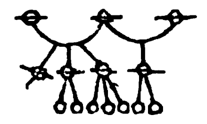
Zu 9) Die Ascendenten succediren nach Köpfen, die Kinder der vollbürtigen Geschwister aber nach Repräsentationsrecht. So will es der allgemein anerkannte Gerichtsbrauch,*) wenn gleich das Gesetz selbst ihm nicht günstig scheint; denn nachdem früher die Geschwisterkinder von den Ascendenten ganz ausgeschlossen worden waren, Nov. 118. c. 3., in der Folge aber Justinian durch die Nov. 127. die Kinder verstorbener Geschwister an deren Statt zugleich mit den lebenden Geschwistern zuließ, weil es den Bruderskindern zu empfindlich fallen könnte, wenn sie nichts bekämen, während Brüder mit Ascendenten erbten, ist die Absicht des Gesetzgebers wahrscheinlich dahin anzunehmen, daß die Geschwisterkinder nur von den Geschwistern nicht ausgeschlossen werden sollten, übrigens aber daran nichts geändert werden wollte, daß Jene dann, wenn sie nur neben Ascendenten stehen, diesen gegenüber nicht concurriren können, denn da konnte der Stoff des Neides darüber, daß Brüder mit Ascendenten theilen, nicht erwachsen; s. Braun zu Thibaut § 685. Zur Rechtfertigung des Gerichtsbrauchs s. Puchta l. c. Bd. II. S. 316.

Zu 10) Im Recht der Erbfolge reicht es zur Classe der vollbürtigen Geschwister nicht hin, von einerlei Eltern geboren zu seyn, denn unehelich

*) Siehe Glück Intestaterbfolge S. 373., Thibaut System § 860., Mackeldey Lehrb. § 624. not. o.

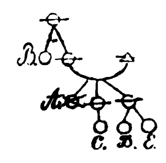
geborene, welche nicht vollkommen legitimirt worden sind, können sich nicht in die Reihe stellen; Glück Intestaterbfolge § 17.

Zu 11) Man setze folgendes Schema:



Mehrere Rechtsgelehrte behaupten, daß die vollbürtigen Geschwisterkinder, um die Kinder des Halbbruders auszuschließen, sich des Repräsentationsrechts bedienen müßten, weil sie sonst als gradu aequales nur zugleich mit ihnen succediren würden; denn mittelst des Repräsentationsrechts würden sie erst in den Stand gesetzt, sich der Bandesduplicität bedienen zu können, es finde also in diesem Falle eine successio in stirpes Statt, Cocceji Jus controv. Lib. 38. tit. 15. qu. 5., Heisler Diss. de fratrum germanorum liberis etc. cap. 3. u. A. m., ja Wissenbach in Disputat. ad instituta imperialia D. XXX. § 41. behauptet sogar, daß die Kinder der vollbürtigen Geschwister auf keine Weise die Kinder der halbbürtigen Geschwister auszuschließen vermöchten, allein das Richtige ist ohne Zweifel, daß sie deren Ausschließung allerdings und zwar *jure ordinis* bewirken, mithin auch keines Repräsentationsrechts bedürfen. Man kann hier ohne Bedenken so schließen: wenn das Daseyn eines Halbbruders nicht hindert, daß die Kinder vollbürtiger Geschwister nach den Köpfen erben, so kann die Existenz der Kinder eines Halbbruders noch weniger in der Sache ändern; Glück l. c. § 124., Koch Succ. ab int. § 78. Schol. II., Walch Introduct. in controv. jur. civ. pag. 390. § 15. u. 16. Demnach succediren im obigen Schema die vollbürtigen Brudersöhne nicht in stirpes, sondern in capita.*)

Zu 12) Man setze folgendes Schema:



Ueber diesen Fall herrscht in Folge einer Verwechselung der successio ordinis und graduum eine ähnliche Divergenz der Meinungen. Einige

*) Vom Lübischen Recht über die Concurrenz vollbürtiger Geschwisterkinder mit Kindern zweiter Ehe s. Gesterding Analecta juris Lubec. pag. 111.



behaupten, daß der vollbürtigen Brüder Kinder zwar den Vatersbruder ausschlössen, allein anders nicht als mit Hülfe des Repräsentationsrechts, weil sie mit ihm gleichen Grades wären, und demnach finde successio in stirpes Statt; Cujac. in exposit. Nov. 118., Cocceji jus controv. Lib. 38. tit. 15. qu. 5., Boehmer Introd. in jus Dig. Lib. 38. tit. 15. § 15., Wernher Comm. in Pand. Lib. 38. tit. 17. § 15., Heisler Diss. cit. cap. 4. Andere glauben, die vollbürtigen Brüderkinder könnten den Vatersbruder des Verstorbenen gar nicht ausschließen, weil ihnen hier kein Repräsentationsrecht zustehe, sondern sie erbten mit ihm in capita; Wissenbach l. c. Disp. 30. § 42., Huber Praelect. ad Instit. Lib. III. tit. de success. ab intest. sec. Nov. 118. § 15. Die richtigste Meinung ist jedoch die, daß die Kinder der vollbürtigen Geschwister C. D. E. den Vatersbruder des Verstorbenen A. jure ordinis ausschließen, weil Letzterer zur vierten Classe gehört, und daß daher C. D. u. E. nach den Köpfen erben; Glück Intestaterbfolge § 125., Voet Comm. ad Pand. T. II. Lib. 38. tit. 15. § 16., Walch Diss. de success. collateralium tertii gradus § 6—9., Stryck de succ. ab intest. Diss. III. cap. 1. § 15., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1425., Koch Succ. ab int. § 78. Schol. III. Nach Sächsischem Recht s. Martin Jahrbücher der Gesetzg. u. Rechtspflege Bd. I. S. 89.

---

§ 3. Dritte Classe. Succession der Halbgeschwister und deren Kinder.

1) Wie wird in dieser Classe succedirt, wenn
   a) allein Geschwister, oder
   b) nur Geschwisterkinder, oder
   c) Beide zusammen
   vorhanden sind?
2) Wie verhält sich die gesetzliche Erbfolge zwischen leiblichen und durch Adoption gewonnenen Geschwistern?
3) Können eheliche Kinder von väterlicher Seite den unehelichen Bruder beerben?

Zu 1) Nachdem die früher von vielen Praktikern, jedoch irrig aus l. 13. § 2. C. 6. 57. abgeleitete, von den Neueren aber, s. v. Löhr im Magazin Bd. IV. no. 9., Francke Beitr. S. 162., Guyet Abhandl. no. 2., gründlich widerlegte Meinung, als müsse die Theilung

nach dem Ursprunge der Güter gebildet werden, so daß das väterliche Vermögen auf die väterlichen, das mütterliche auf die mütterlichen Halbgeschwister falle, als allgemein verworfen angesehen werden muß, zumal Justinian das ältere Erbrechtssystem durch die Nov. 118. aufgehoben hat, s. Madihn Miscellen Bd. I. S. 128., Glück Intestaterbfolge S. 710., Koch Succ. ab intest. § 46., Roßhirt Erbrecht S. 372. und die Lehrbücher von Thibaut, Mackeldey, Mühlenbruch,*) v. Wening-Ingenheim, Puchta rc., so unterliegt es keinem Zweifel mehr, daß in dieser Classe auch nur wieder die Regeln der zweiten Classe gelten, folglich halbbürtige, d. i. solche Geschwister, welche nur Einen gemeinschaftlichen Ascendenten haben, es seyen nun consanguinei oder uterini, im ersten und zweiten Fall (zu a. u. b.) nach Köpfen, im dritten Fall aber (zu c.) nach Stämmen succediren.

Zu 2) Es versteht sich vorweg, daß hier nur von plene adoptatis die Rede seyn könne, und bekannt ist es auch, daß bei solchen das Agnationsverhältniß auch durch den Tod des Adoptivvaters oder Arrogators nicht aufgehoben wird; Stryck de succ. ab intest. Diss. III. cap. 1. § 30—33. Solche adoptivi werden nun von ihren leiblichen Geschwistern eben so beerbt, als wenn keine Adoption vorgefallen wäre; im Verhältniß zu den leiblichen Kindern ihres Adoptivvaters aber gelten sie für Halbgeschwister und succediren also in Concurrenz mit leiblichen consanguineis oder uterinis. Gegen die abweichende Meinung, welche v. Löhr im Archiv, Hagemann u. Günther Bd. V. S. 398. aufstellte, s. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 412. S. 47.

Zu 3) Man könnte für die unbedingt bejahende Meinung sich vielleicht darauf berufen, daß nach neuerem R. R. die ehelichen Geschwister von des Vaters Seite eben so gut als die mütterlichen Verwandten succediren müßten, weil der Grund, weshalb nach älterem Recht ein Anderes gegolten, blos in dem Unterschied der Agnation und Cognation liege, welcher aber nach Novellenrecht gänzlich aufgehoben sey. Allein dieser Unterschied ist in der Nov. 118. nur in Ansehung der legitimen Verwandten aufgehoben, es können daher die ehelichen Kinder den unehelichen Kindern ihres Vaters eben so wenig succediren, als zwei von einem Vater mit mehreren Müttern außer der Ehe erzeugte Geschwister einander succediren, weil es an dem legitimen Verwandtschaftsbande fehlt; Madihn Miscellen Bd. I. S. 125. Anders zwar lehrt Koch Succ. ab intest. § 93. (Ed. 4.), wenn er sowohl von consanguineis als

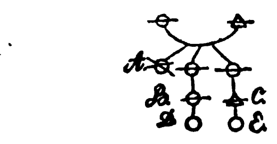
*) nämlich in der dritten Auflage seiner Doctr. Pand. § 635., denn in der zweiten Auflage hing er noch der älteren Lehre an.

uterinis sagt: ad fratrum sororumve defunctorum unilateralium h. admittuntur, sive ipsi sint legitime nati sive non, *sive defunctus frater unilateralis legitime natus fuerit sive non*, sive reliqui concurrentes fratres unilaterales sint legitime nati sive non. Allein man wird mit Stryck de succ. ab intest. Diss. III. cap. 1. § 35—37. zwischen consanguineis und uterinis unterscheiden müssen: fratres naturales consanguinei, seu ab eodem patre geniti nec Agnati nec Cognati invicem sunt. Non Agnati, quia agnatio ex justis nuptiis demum oritur, nec Cognati, quia cognatio per matrem contrahitur, ut hinc nullo respectu succedere possint. Et eo hoc extenditur, ut fratres naturales consanguinei non tantum legitime natis non succedant, sed ut nec sibi invicem succedere possint. Ein anderes ist es bei den uterinis, denn aus der Person der Mutter hat hier Jeder gleiches Recht. Sie succediren sich unter einander sowie allen Collateralen von mütterlicher Seite. Quid si — heißt es weiter — si alii fratres legitime nati adsint et cum spuriis vel naturalibus in hereditate fratris legitime nati concurrant? Resp. si germani sint, soli succedunt utpote duplici vinculo ipsi defuncto juncti, sed si legitimi fratres etiam tantum unilaterales, spurii cum his concurrunt. Nec enim tantum in successione fratris spurii sed et legitimi naturales cum legitimis concurrere putamus, Stryck l. c., wo er übrigens, was den letzteren Punkt betrifft, Struv. Exerc. 38. th. 36. u. Richter de succ. ab intest. Sect. 3. Membr. 3. no. 5., als Dissentienten anführt, und sich auf die in Caspar. Anton. thesaurus quaest. for. Lib. I. qu. 22. no. 12. zu findende Widerlegung beruft.

---

§ 4. Vierte Classe.

Unbestritten succediren hier alle entfernteren Seitenverwandten in infinitum nach der Nähe des Grades, sie mögen Agnaten oder Cognaten seyn, nur darf keine solche Person, zu welcher der Erbschaftsprätendent nicht successionsfähig ist, zwischen ihm und dem Verstorbenen stehen; z. B. nach folgendem Schema:



Wenn D. ein natürlicher Sohn des B. wäre, so könnte er den A. nicht ab intestato beerben, weil er in Ansehung seines Vaters nicht voll-

kommen erbfähig ist. So auch, wenn B. ein natürlicher Sohn seines Vaters gewesen wäre, so kann D., wenn er auch ein rechtmäßiger Sohn des B. ist, dennoch dem A. so wenig succediren, als ihn desselben Vater beerbt haben würde.

---

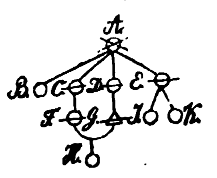
§ 4 a. Vom Einfluß der mehrfachen Verwandtschaft.

In wie fern kann eine Person durch mehrfache Verwandtschaft zu einer mehrfachen Erbportion gelangen?

Dies ist der Fall nicht nur, wenn in einer Person mehrere Arten der Verwandtschaft, wie die natürliche und die bürgerliche, zusammentreffen, sondern es kann auch in der natürlichen Verwandtschaft allein eine Duplicität, Triplicität u. s. w. dadurch eintreten, daß eine Person durch mehrere Generationslinien mit dem Erblasser verbunden ist, und nicht Eine dieser Qualitäten die andere in der Successionsfrage ausschließt; Koch Succ. ab intest. Auct. III. Sect. II. pag. 245., Hugo's civilist. Magazin Bd. IV. no. 7. über den Unterschied der vollbürtigen und halbbürtigen Seitenverwandtschaft von der einfachen und mehrfachen Blutsverwandtschaft überhaupt. — Dabei wird eine successio in stirpes nothwendig vorausgesetzt; s. Fritz in Linde's Zeitschrift Bd. XV. S. 46. § 8., dann aber kann die mehrfache Portion, wie Glück Intestaterbfolge § 36. gegen die Dissentienten, z. B. Weisser Anleitung zur Berechnung der Verwandtschaftsgrade § 20., Malblanc Princ. jur. Rom. Lib. I. tit. 6. § 134. ausführt, in der Succession der Descendenten und Ascendenten erwachsen, z. B.

unter Descendenten,

wenn Geschwisterkinder einander heirathen;



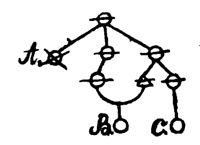
Hier ist H. als Enkel von zweier Söhne Kindern mit A. doppelt verwandt, und da bei Enkeln eine successio in stirpes stattfindet, so bekommt H. eine doppelte Portion, dagegen B. $\frac{1}{4}$ und J. und K. zusammen auch $\frac{1}{4}$ erhalten,

unter Ascendenten

nach folgendem Schema:

A. hinterläßt zwei Urgroßväter B, u. C., von denen B. ein doppelter, C. aber nur ein einfacher Ascendent des A. ist. Wenn nun unter den entfernteren Ascendenten der väterlichen und mütterlichen Linie eine successio in lineas stattfindet, so wird B. erstlich als der einzige Ascendent von der väterlichen Linie die eine Hälfte der Erbschaft des A. erhalten, da er aber auch Ascendent von der mütterlichen Linie ist, so wird B. auch von der anderen Hälfte der Erbschaft des A., welche an die mütterliche Linie fällt, einen gleichen Antheil, somit zusammen $\frac{3}{4}$ erhalten, während C. nur $\frac{1}{4}$ erhält; Glück Intestaterbf. S. 95.

Dahingegen, wo in capita succedirt wird, bewirkt die doppelte Verwandtschaft keinen doppelten Antheil; z. B.



Hier ist B. mit dem A. durch zwei Linien verwandt, denn er ist Descendent von zweier Brüder Kindern des verstorbenen A., eines Bruders Sohn und eines andern Bruders Tochter. Deshalb theilt er aber doch mit dem C. nicht im Verhältniß von $\frac{2}{3}$ zu $\frac{1}{3}$, sondern gleichheitlich, weil bei so entfernten Seitenverwandten die Erbtheilung nicht nach Stämmen, sondern nach Köpfen stattfindet.

---

§ 5. Succession der Ehegatten.

Dig. XXXVIII. 11. — Cod. VI. 18. unde vir et uxor.

Daß das Recht des überlebenden Ehegatten auf den ganzen Nachlaß des verstorbenen Gatten, im Fall dieser keine successionsfähigen Verwandten hinterlassen hat, sowie das Recht der armen Wittwe nach Nov. 117. cap. 5. auch h. z. T. noch gelte, ist wohl unbezweifelt; s. hierüber Schrader Abhandlungen aus dem Civilr. Bd. I. S. 98.

Theorie eines gewöhnlich übersehenen Successionsrechts eines Mannes auf das Vermögen seiner Frau, bezüglich l. 3. C. 6. 60. — v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. S. 311. u. 320. über das in der Nov. 53. c. 6. u. Nov. 117. c. 5. gegründete Erbrecht der Wittwen an der Verlassenschaft ihrer Ehemänner, ebendas. Bd. VI. S. 362., Bd. VIII. no. 13., Fortf. v. Spangenberg Bemerkungen über die s. g. Succession der dürftigen Ehefrau, Martin Rechtsgutachten Bd. I. a. E., Pfeiffer neue Samml. bemerkenswerther Entscheidungen des O. A. Ger. zu Cassel, Bd. III. no. 35., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 268., Stryck de success. ab intestato Diss. IV. c. 1. § 4., Glück l. c. § 144. Diesen höchst seltenen Fällen ist aber, sowie nicht minder den gewöhnlichen Erbfällen, d. z. B. durch Ehe- und Erbverträge und außerdem durch die deutschrechtlichen Normen der allgemeinen und particulären ehelichen Gütergemeinschaft fürgesehen, deren unzählige Varietäten*) jedoch aus dem schon Bd. I. Kap. 3. § 5. vom Eherecht S. 553. in der Note bemerkten Grund keine allgemeine Auffassung in Beziehung auf Praxis möglich machen, daher in diesem Werk nur auf die wissenschaftlichen Bearbeitungen des deutschen Privatrechts und eines jeden Landes Ordnungen und Observanzen verwiesen werden kann. Vom Successionsrecht der jüdischen Ehegatten s. oben Kap. I. zu Fr. 11. S. 541.

---

§ 6. Von der Successio ordinum et graduum und von dem Zeitpunkt der Erbschaftsvertheilung.

1) Wer gelangt zur Succession, wenn
   A) derjenige, welchem — oder
   B) Einer von denjenigen, welchen die Erbschaft deferirt war, ausfällt?
2) Man setze den Fall: A. hinterläßt einen Bruder B. und von seinem verstorbenen Bruder C. zwei Kinder. Es würde demnach successio in stirpes eintreten, also B. einen

*) Z. B. s. Hagemann u. v. Bülow prakt. Erörter. Bd. VII. S. 111. von der Erbfolge des weibl. Geschlechts in die Meier- und Colonatgüter rc. Rückfall des Meierguts an die Frau, wenn die Ehe wegen Ehebruchs des Mannes geschieden ist. Ebend. S. 105. v. d. Erbfolge in die freien, aber schatz- und weihepflichtigen Höfe nach den Rechten des Fürstenthums Osnabrück; Albrecht Entscheid. merkw. Rechtsfälle Bd. III. S. 280. Geschieht die Intestaterbfolge bei Meierdingsgütern nach dem röm. od. deutsch. Recht?

Theil und die beiden Kinder des C. den andern Theil bekommen. Nun hat aber der noch lebende Bruder B. zehn Kinder, und wenn er nicht vorhanden wäre, so würden durch die successio in capita 10/12tel auf seine Kinder fallen. Um dies zu bewirken, repudiirt er die Erbschaft, wird er aber damit wirklich den beabsichteten Zweck erreichen?

3) Richtet sich die Erbschaftsvertheilung nach dem Zeitpunkt der Delation oder der Acquisition der Erbschaft?

Zu 1) Im Allgemeinen steht die Regel fest: wenn die Delation der Erbschaft unwirksam geblieben ist, wenn nämlich Niemand ihr zufolge Erbe geworden ist, so wird dieselbe nach der Successionsordnung erneuert an die folgenden von der ersten Delation nicht betroffenen Successionsberechtigten. Diese successive Delation tritt 1) als successio graduum*) ein, wenn in einer Classe die Nähe des Grades entscheidet, und der nähere Delat nicht Erbe wird; 2) successio ordinum, oder an die Successionsberechtigten der folgenden Classe, wenn in der vorhergehenden Classe keine Personen vorhanden sind, welche wegen Gradesnähe Anspruch machen könnten. Kurz gefaßt, es rücken immer diejenigen vor, welche gleich Anfangs vom Gesetz gerufen worden wären, wenn der Weggefallene ihnen nicht im Weg gestanden wäre; § 5. J. 3. 10. — l. 1. § 10. D. 38. 9. Damit ist es

Zu A) entschieden, daß, wenn der nächste Verwandte, dem die Erbschaft deferirt ist, repudiirt, oder vor der Antretung derselben stirbt, ohne daß ein Transmissionsrecht geltend gemacht werden kann, der nächstfolgende in derselben Classe oder allenfalls die folgende Classe nachrückt. Dagegen sind

Zu B) in dem Fall, wenn nicht sämmtliche zuerst berufene, sondern nur einige derselben wegfallen, die Meinungen der Rechtslehrer ge-

---

*) Abweichend sind Puchta Lehrb. d. Pand. § 453. und Thibaut System d. Pand. § 858. (Ed. 8.), indem sie statuiren: nicht in allen Classen finde successio graduum Statt, insbesondere in der ersten Klasse könne nur durch Transmissionsrecht und nicht durch successio graduum die Succession des nachrückenden entfernteren Descendenten, zwischen welchem und dem Erblasser zur Zeit der ersten Delation ein Successionsberechtigter gestanden ist, begründet werden; s. dagegen v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 420., Glück Intestaterbf. § 150. no. 2., v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. Bd. III. § 439. (37.), Voet Comm. ad Pand. Lib. 38. tit. 17. § 3. — Umfänglich behandelt die Lehre v. d. successio ordinum et graduum Büchel in d. civilrechtl. Erörter. Bd. II. S. 81. 2c.

theilt darüber, ob die vacante Portion den Mitberufenen durch das Anwachsungsrecht zufalle, oder denjenigen, welche succedirt haben würden, wenn ihnen der nun Weggefallene nicht im Weg gestanden wäre. Zwar dann, wenn einer der ursprünglichen Delaten repudiirt, zweifeln die Wenigsten daran, daß für die Mitberufenen das Anwachsungsrecht eintrete, wohl aber Viele alsdann, wenn einer der Delaten dadurch wegfällt, daß er nach der Delation, aber vor der Erwerbung der Erbschaft stirbt, und der Nächstfolgende blos durch den Weggefallenen ausgeschlossen war, folglich, wäre dieser ihm nicht im Weg gestanden, mit den Uebrigbleibenden succedirt hätte. In diesem Fall, welcher jedoch meistens durch das Transmissionsrecht beseitigt werden wird, soll für die Uebrigbleibenden nach der Meinung Mehrerer kein Accrescenzrecht eintreten können; z. B. A. stirbt mit Hinterlassung eines Vaters, eines väterlichen und mütterlichen Großvaters und eines Bruders. Der Vater stirbt vor der Erbschaftsantretung, nun soll der Bruder, welcher zuvor mit dem Vater getheilt haben würde, nach dieser Meinung nicht das Ganze erhalten, sondern es sollen die Großeltern nachrücken, welche den folgenden Grad ausmachen, weil nach Nov. 118. c. 2. auch die entfernteren Descendenten mit den leiblichen Geschwistern zugleich succediren; Koch Success. ab intestato § 12b. (Ed. 4.) Nur in dem Fall könnten nach dieser Meinung die väterlichen Großeltern ausgeschlossen werden, wenn die Erbschaft beiden Eltern des verstorbenen Sohnes deferirt war, und nur der Vater vor der Antretung starb, denn die noch übrigbleibende Mutter würde ja für sich selbst die entfernteren Ascendenten ausschließen.

In der Seitenlinie denke man sich folgenden Fall: der Verstorbene habe zwei Brüder hinterlassen, einer derselben stirbt vor der Erbschaftsantretung mit Hinterlassung zweier Söhne. Nun soll nach dieser Meinung die portio vacans nicht auf den andern Bruder, sondern auf die Söhne des verstorbenen Bruders auch dann übergehen, wenn nicht der Fall eines Transmissionsrechts gegeben ist; Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 880., Stryck Succ. ab intest. Diss. III. c. 1. § 11., Koch l. c., s. auch v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 439. (37.), Hunger das römische Erbrecht § 130., Francke Beitr. zur Erläuter. verschiedener Rechtsmaterien Bd. I. S. 176., Valett Pandectenrecht § 949., Mayer das Anwachsungsrecht S. 284. Die herrschende Lehre und Praxis, welche neuerlich v. Vangerow Pand. Bd. II. § 420. umfänglich vertheidigt hat, geht jedoch dahin: daß im Falle blos theilweisen Hinwegfallens der früheren Delaten einer neuen Delation nicht Raum gegeben sey, da die frühere noch wirksame Delation schon die ganze Erbschaft erschöpfe, daß mithin, wenn nicht

sämmtliche zunächst Berufene weggefallen sind, und nicht einer der Transmissionsfälle begründet ist, immer die Portion des, gleichviel durch Repudiation oder Tod Hinwweggefallenen den übrigen Delaten vermöge Anwachsungsrechts zukomme, mit Ausschluß selbst derjenigen Nachberufenen, welche nur durch den Weggefallenen von der Delation ausgeschlossen waren. Demnach erhält in dem beispielsweise angeführten Falle der Bruder das Ganze, und werden die Neffen von diesem ausgeschlossen. Das Accrescenzrecht hat also nach dieser Meinung den Vorzug; Roßhirt das Erbrecht S. 409., Glück Intestaterbfolge § 150. 152., Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 619. no. 3., Thibaut System § 855. (Ed. 8), Braun zu Thibaut § 680., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. § 631. no. 2., Baumeister das Anwachsungsrecht S. 26., v. Savigny System d. h. R. R. Bd. VIII. S. 488., Göschen Vorlesungen Bd. III. 2. § 929., Fein in d. Forts. von Glücks Comm. Bd. XLIII. S. 270.

Zu 2) Einige statuiren, obwohl ohne zulänglichen Grund: eine solche Repudiation gelte gar nichts, weil sie eine dolose Handlung sey; s. Gebr. Overbeck Medit. Bd. IV. S. 103., Hartmann Obs. pract. Lib. II. tit. 43. Obs. 12. Andere wollen die Söhne des Repudianten zulassen, doch so, daß succ. in stirpes salvirt bleibe; s. Leyser Sp. 423. no. 4., allein wie kann dem lebenden Repudianten gegenüber von dem beneficium repraesentationis abseiten der Söhne des Lebenden die Rede seyn? Wieder Andere, nämlich diejenigen, welche zur Fr. 1. unter den Dissentienten aufgeführt sind, wollen die Söhne des Repudianten sub praetextu Edicti successorii admittiren und die Erbschaft nun sogar nach Köpfen theilen lassen; s. Stryck de succ. ab int. Diss. III. c. 1. § 11., aber die richtige Entscheidung muß der oben erklärten herrschenden Lehre gemäß ohne Zweifel dahin gehen, daß die Repudiation gelte und der Erbantheil des Repudianten durch Accrescenzrecht an die Söhne des vorverstorbenen Bruders gelange; s. Koch Succ. ab int. § 78. IV. Schol., Voet Comm. ad Pand. Lib. 38. tit. 17. § 3.

Zu 3) Hier herrscht dieselbe Verschiedenheit der Meinungen. Die Frage kann in Fällen der in Fr. 1. bezeichneten Art wichtig werden; z. B. A. stirbt mit Hinterlassung eines Bruders, eines Neffen von einem und zweier Neffen von einem andern vorverstorbenen Bruder, und der erstgedachte Bruder fällt vor der Erwerbung der Erbschaft hinweg; tritt jetzt successio in capita ein, oder bleibt es bei der einmal begründeten successio in stirpes? Diejenigen, welche dem Accrescenzrecht den Vorzug vor der successio graduum geben, müssen den Zeitpunkt der

Erbschaftsdelation als unabänderlich entscheidend gelten lassen; s. Glück Intestaterbfolge S. 700., Baumeister das Anwachsungsrecht S. 36., Büchel Streitfragen S. 230., v. Vangerow l. c. § 421. Im vorgetragenen Fall accrescirt demnach durch den Wegfall des Bruders der Antheil, welcher ihm deferirt war, den Söhnen der beiden anderen Brüder, nach Verhältniß des Erbtheils, welcher ihnen deferirt war. Ein Anderes würde anzunehmen seyn, wenn sämmtliche Successoren, denen durch den Tod des Erblassers die Erbschaft deferirt war, ausfielen, und nun diejenigen einträten, welche durch die im Grad Näheren ausgeschlossen waren. Hier wäre der Fall einer neuen Delation gegeben, und nach dem Zeitpunkt dieser neuen Delation würde die Erbschaft vertheilt. Diese Delaten müssen aber die Successionsfähigkeit schon beim Tod des Erblassers gehabt haben; Puchta Lehrb. d. Pand. § 453. not. x.

---

§ 7. Vom Beweis der Verwandtschaft.

Wie ist derselbe zu führen?

Die Meinung Einiger, daß wegen der Schwierigkeit genealogischer Beweise hier Bescheinigungen genügen, ja wohl Vermuthungen, s. Leyser Vol. II. Sp. 98. Med. 1—4., Kreittmair Anmerkungen zum Cod. Max. civil. Bavar. Th. I. Kap. 4. § 9. no. 7. ist, besonders wenn die Frage nicht blos einen zum summarischen Proceß geeigneten Incidentpunkt ausmacht, wohl mit Grund bestritten; s. Glück P. C. Bd. VII. S. 510., indessen ist wohl nicht zu bezweifeln, daß, wenn das Schema genealogicum nicht überall durch Taufzeugnisse der Pfarrämter belegt werden kann, der Beweis hinsichtlich solcher Lücken durch andere Beweismittel ersetzt werden könne, und daß es genüge, wenn nur bewiesen wird, daß die Person, welche in Ansehung ihrer Abstammung in Frage gezogen wird, von denjenigen, als deren eheliches Kind resp. Schwester oder Bruder sie prädicirt wird, in dieser Eigenschaft anerkannt und behandelt worden ist; s. Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. V. S. 260. Der bisher bestehende und anerkannte Zustand, sagt Schweppe im röm. Privatr. Bd. IV. S. 4., macht den Standpunkt aus, von welchem die Beweislast angesehen werden muß. Derjenige der beiden Theile, welcher etwas behauptet, das gegen den bisherigen Zustand (possessio praetensi status) streitet und geleugnet wird, muß den Beweis führen; l. 8. l. 14. D. 22. 3. — l. 7. § 5. l. 41. pr. D. 40. 12.

---

§ 8. Von Successionsrechten aus einem anderen Grund als dem Verwandtschaftsrecht.

Darüber ist auf die allgemeinen Lehrbücher und Glücks Intestaterbfolge § 206. ꝛc., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 564. zu verweisen, insbesondere in Ansehung des Erbrechts des Verpflegers eines Blödsinnigen, Nov. 115. c. 3. § 12., des Klosters, der Armenhäuser, des socii liberalitatis imperialis, gewisser Collegien, worüber jedoch die Praxis sehr unsicher ist; s. Boehmer J. E. P. T. II. Lib. III. tit. 27. § 17., Koch Succ. ab intest. § 115., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1429., Höpfners Institt. Comm. § 703., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. no. 393., Struv. jurispr. opific. T. III. Lib. I. cap. 4. no. 16., Pistor Consil. no. 1. 35., Stephani Comm. ad Nov. 118. no. 38.

Kapitel III.

Von Testamenten.

Inst. II. 12. quibus non est permissum, facere testamentum. Dig. XXVIII. 1. qui testamenta facere possunt. Cod. VI. 22. qui testamenta facere possunt vel non.

Indem der Staat seinen Mitgliedern das Recht einräumte, über ihr Vermögen noch jenseits der Gränzen ihres Lebens hinaus zu verfügen*), mußte er diese Freiheit auch an angemessene Regeln und Bedingungen knüpfen, welche sich größtentheils auf die Grundbedingung des Status civitatis (dessen sich jeder Testator, Soldaten ausgenommen, bestimmt bewußt seyn muß, l. 14. D. 28. 1.), auf physische und intellectuelle Fähigkeit zu einer so wichtigen Handlung, auf die allgemeinen Erfordernisse der rechtlichen Willenshandlungen, auf die Art der Willenserklärung und auf äußere Förmlichkeiten beziehen**). Es kommt daher zunächst hier in Betracht:

*) Ist die Beerbung durch Testamente und Erbverträge naturrechtlich? s. v. Baz Abhandlungen über verschiedene Gegenstände des natürlichen und positiven Rechts, Tübingen 1816., Beseler die Lehre v. d. Erbverträgen.

**) Beitrag zur Geschichte der römischen Testamente, s. v. Savigny Zeitschr. f. geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. I. S. 78. — Ursprung der

§ 1. Testamentifactio activa oder Testirfähigkeit.

1) In wie fern bringen noch h. z. T. begangene Verbrechen und verhängte Strafen die Testirunfähigkeit mit sich?
2) Mit welchem Zeitpunkt tritt die Mündigkeit zum Testiren ein?
3) Kann der Unmündige durchaus nicht, oder kann er wenigstens zum Besten einer pia causa gültig testiren?
4) In wie fern ist Taubstummen die rechtliche Fähigkeit zu testiren eingeräumt? desgleichen
5) Blinden?
6) Gilt das Testament einer im Zustand des Rausches oder des höchsten Zorns befindlichen Person? oder auch das schriftlich übergebene Testament
7) solcher, die nicht lesen und schreiben, oder wenigstens letzteres nicht können?
8) In wie fern kann die Gültigkeit eines Testaments wegen Geistesverwirrung oder auch wegen behaupteten Blödsinns und Stumpfsinns des Testirers angefochten werden, und nach welchen Grundsätzen ist die Beweislast zu bemessen?
9) Können Testamente gerichtlich erklärter Verschwender durchaus auf Gültigkeit keinen Anspruch machen?
10) In wie weit kann ein Haussohn gültig testiren?
11) Kann der überlebende Ehegatte, während er noch in communione prorogata mit den Kindern verbleibt, über den ihm bei einer künftigen Theilung zufallenden Antheil testamentarisch verfügen?

Zu 1) Die Lehrbücher weichen hierüber sehr von einander ab. Darüber ist wohl kein Zweifel mehr, daß die römischen Gesetze über Testirunfähigkeit der Ketzer und Apostaten und der zu einer Kapitalstrafe Verurtheilten nicht mehr anwendbar sind, noch aber herrscht Meinungsverschiedenheit über gleiche Unanwendbarkeit der römischen und canonischen Vorschriften in Ansehung anderer Verbrechen; z. B. der Ver-

---

Vertragsform (aes et libra) bei den Testamenten der Römer, welche doch wahre Erbverträge verabscheueten; s. Hugo civil. Magazin Bd. V. S. 152. — Beiträge zur Geschichte der Freiheit zu testiren im Mittelalter, siehe v. Savigny l. c. Bd. II. S. 318., Bd. III. S. 309. — Klüpfel Abhandl. über einzelne Theile des bürgerl. Rechts S. 222., über ein Fragment des Paulus in rec. sentent. (L. 5. tit. 12. § 2.)

fertigung eines libellus famosus, d. i. einer Schmähschrift, die den Vorwurf eines als von dem Geschmäheten begangenen peinlich strafbaren Verbrechens enthält, l. 18. § 1. D. 28. 1. — l. 5. § 6. u. 16. D. 47. 10. — l. un. C. 9. 35. und des Zinswuchers c. 2. de usur. in VIto (5. 5.). Von den meisten Rechtsgelehrten wird die Unanwendbarkeit behauptet, s. vorzüglich Wächter im civilist. Archiv Bd. XVII. no. 14., Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 148. und die vielen dort angeführten Schriftsteller; vergl. auch v. Buchholz jurist. Abhandl. no. 5. In Ansehung der Pasquillanten ist abweichend v. Vangerow Pand. Bd. II. § 428., Martin Lehrb. d. Criminalr. § 177., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 28. tit. 1. § 13., Puchta Lehrbuch der Pand. § 457. Anmerk. 2., Feuerbach Lehrbuch des peinlichen Rechts § 302., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 734.; s. dagegen Wächter l. c. und die meisten neueren Criminalisten, z. B. Meister, Grolmann, Tittmann, Roßhirt und Heffter. In Ansehung der Incestuosen scheint es keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß, indem die Nov. 12., durch welche die frühere Bestimmung der const. 6. de incestis nuptiis aufgehoben ist, verordnet: der Verbrecher solle sogleich sein ganzes Vermögen an seine Descendenten und in deren Ermangelung an den Fiscus verlieren, zugleich aber des Landes verwiesen werden, die Testirfreiheit des Incestuosen über sein weiter erworbenes Vermögen nicht ausgeschlossen ist; s. v. Wächter l. c., v. Vangerow l. c., Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 148. Hochverräther und ihre Söhne sollen nach l. 5. pr. § 1. C. 9. 8. testirunfähig seyn. Allein die Letzteren werden in der citirten Stelle nur für erbunfähig, nicht für unfähig zum Testiren erklärt, und wenn sie von Manchen als stete Infame für intestabiles geachtet werden, s. Buchholz jur. Abh. S. 126., so steht entgegen, daß Infame als solche nicht testirunfähig sind, s. Heimbach l. c. S. 732.

Zu 2) Nach l. 5. D. 28. 1. braucht bei Frauenzimmern das 12te und bei Mannspersonen das 14te Lebensjahr nicht überschritten, sondern nur erfüllt zu seyn. Da nun bei der hier eintretenden Civil-Zeitrechnung nicht auf Zeitmomente, sondern nur auf die Tage Rücksicht genommen wird, so braucht der letzte Tag dieses Jahres nur angefangen zu seyn. Es ist daher gegen die abweichenden Ansichten von Gmelin über Zeit und Zeitberechnung im kritischen Archiv d. neuesten juridischen Literatur rc. Bd. I. S. 607. und Unterholzner ausführl. Entwickelung der gesammten Verjährungslehre Bd. I. § 90. anzunehmen: post sextam horam noctis, oder wenn es in der Nacht vom 30. auf den 31. December 12 Uhr schlägt, hat der am 31. Januar Geborne sein

14tes Lebensjahr erfüllt; s. Fetzer Versuche zur Bildung des R. R. no. 22., Hugo civilist. Magazin Bd. III. S. 1., Glück P. C. Bd. XXXIII. S. 409., Schweppe röm. Privatr. Th. V. § 787. Das Testament des Unmündigen ist und bleibt ungültig, wenn er auch erst nach erlangter Pubertät gestorben wäre, und das Testament vor seinem Ableben nochmals genehmigt hätte; § 1. J. 2. 12. — l. 19. D. 28. 1. — l. 1. § 8. D. 37. 11. Auch bei Spadonen und Kastraten wurde, sowie überhaupt bei männlichen Personen, ein Alter von 14 Jahren als Norm angenommen; l. 5. C. 6. 22. — l. 5. D. 28. 1. — Der Mündige kann auch ohne Curator testiren; l. 20. § 1. D. 34. 3.

Zu 3) Eine solche Ausnahme wird wohl hier und da behauptet, s. Brunnemann Comment. in Cod. ad l. 4. qui testam. facere possunt (6. 22.), aber die dafür angeführte l. 1. C. de S. S. Eccles. (1. 2.) begründet sie durchaus nicht, denn sie handelt nur von der passiven Testamentifaction (testabilitas passiva), welche zu Gunsten der piae causae erweitert wurde; s. Glück P. C. Bd. XXXIII. § 1404 d. not. 90.

Zu 4) Nach l. 10. C. 6. 22. u. § 3. J. 2. 12. war derjenige, welcher blos taub oder blos stumm, oder, wenn auch Beides zugleich, doch nicht so geboren war, von der Fähigkeit zu testiren durch das Vorhandenseyn dieses Zustandes zur Zeit der Testamentserrichtung l. 6. § 1. D. 28. 1. nicht ausgeschlossen, sondern nur der Taub- und Stummgeborene. Daß aber auch dieser h. z. T. die sonst nur Jenem nach l. 7. D. 28. 1. möglich gewesene landesherrliche Dispensation praevia causae cognitione erlangen könne, da die zu Justinians Zeiten nicht geglaubte Möglichkeit, den gebornen oder eigentlichen Taubstummen vernünftige Begriffe beizubringen, glücklich erreicht ist, liegt außer Zweifel. Indessen halten sich mehrere Rechtsgelehrte zufolge der großen Vollkommenheit, welche der Taubstummen-Unterricht in unserer Zeit gewonnen hat, zu der weiteren Behauptung berechtigt, weil die Notariats-Ordnung v. J. 1512 § 4. sagt: „es gehört zu einem jeden Testament, daß der oder die, so Testament machen, mit verständlichen Worten reden, oder aber schreiben können," so müsse das von einem Taubstummen schriftlich errichtete Testament, vorausgesetzt, daß er es eigenhändig niedergeschrieben hat, so gut als jedes andere auch ohne landesherrliche Dispensation gelten; s. Gensler im civilist. Archiv Bd. III. S. 345., Glück P. C. Bd. XXXIII. S. 371., Mackeldey Lehrb. Th. II. § 635., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. II. S. 144., Stryck de caut. testam. Cap. IV. § 28., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 722. Zwar sind durch die Notariatsordnung diejenigen Gesetze nicht

aufgehoben, welche in anderer Beziehung, nämlich in Ansehung der vorauszusetzenden vollkommenen Ausbildung des Verstandes eine absolute Gleichstellung der Taubstummen mit allen anderen Individuen nicht gestatten, daher das Bedürfniß landesherrlicher Dispensation von andern Rechtslehrern als fortbestehend angesehen wird; siehe v. Vangerow Pand. Bd. II. § 428. not. 1. Da aber Gesetze aus einer Zeit, wo man vom Taubstummenunterricht noch nichts wußte, h. z. T. nicht buchstäblich angewendet werden können, so möchte wohl ein die hinlängliche Begriffs- und Verstandesfähigkeit constatirendes Entlassungszeugniß des Taubstummen-Instituts, vergl. Hoffbauer die Psychologie in ihrer Anwendung auf die Rechtspflege § 172—185., Masius Handb. der ger. Arzneiwissenschaft Bd. I. Abth. 2. § 437., Schnitzer die Zurechnungsfähigkeit bei zweifelhaften Gemüthszuständen. S. 340., Friedreich Handb. d. gerichtl. Psychologie S. 868. rc., Marc die Geisteskrankheiten in Beziehung auf Rechtspflege Bd. II. S. 532., Mannsfeld Andeutungen zu einer näheren Bestimmung des bürgerl. Standes der Taubstummen S. 17., oder eine mit Zuziehung der der Zeichensprache und Ausdrucksweise der Taubstummen Kundigen vorausgegangene gerichtliche Untersuchung genügen, wie Puchta im Lehrb. § 457. no. 7. annimmt. Mit Sicherheit läßt sich wenigstens so viel annehmen, daß der blos Stumme und der Taubstummgewordene der landesherrlichen Dispensation alsdann nicht bedürfe, wenn er schreiben kann; l. 10. C. 6. 22. Stotternde können übrigens gültig testiren, wenn sie nur verstanden werden können, und eben so Schwerhörige; l. 15. C. 6. 23. — § 3. J. 2. 12., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. § 640., Geiger u. Glücks Rechtsfälle Bd. III. S. 182.

Zu 5) Die Vorschriften für die Testamentserrichtung eines Blinden, welcher begreiflicherweise nur mündlich dazu befähiget ist, sind sehr genau in l. 8. C. 6. 22. — § 4. J. 2. 12. und insbesondere in der Notariatsordn. v. J. 1512. tit. I. § 9. bestimmt. Ob diese Vorschriften gerade buchstäblich befolgt werden müßten, wird von Manchen bezweifelt; s. Stryck de cautel. test. Cap. IV. § 5., Brunnemann Comm. ad l. 8. C. 6. 22. no. 14. u. 15.; von Andern dagegen streng gefordert, s. Glück P. C. Bd. XXXIV. § 1406 d., v. Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Römischen Kaiser von Theodos II. und Valentin III. bis auf Justinian S. 99., Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. Bd. III. § 479., Marezoll in v. Grolmann und v. Löhr's Magazin Bd. IV. S. 165. Demnach müssen die Zeugen nicht blos rogirt, sondern vor dem Beginn der Handlung von dem Zweck ihrer Zusammenberufung in Kenntniß gesetzt

werden. Die Ersetzung des Notars durch einen achten Zeugen ist nicht willkührlich, sondern nur dann zulässig, wenn ein Notar nicht zu bekommen war; Glück l. c. Daß aber die Vernachlässigung der weiteren Vorschrift, nach welcher der Erbe nicht nur benannt, sondern auch nach Stand, Amt oder Profession beschrieben werden soll, das Testament des Blinden allemal ungültig mache, wie Koehnen Diss. de forma testam. externa a coeco observanda pag. 38. behauptet, mithin auch dann, wenn in concreto durch die Unterlassung keine Ungewißheit darüber entsteht, wen der Testirer gemeint habe, wird von denjenigen widersprochen, welche in der Gesetzesanwendung nicht den Grund und Zweck des Gesetzes aus den Augen verlieren; s. Höpfner Institt. Comm. § 469., Stryck de jure sensuum Diss. 2. c. 3. no. 23. Daß das Testament eines Blinden, wenn es aus seinem Mund vom Notar in Gegenwart der Zeugen aufgenommen worden ist, auch am Ende noch vorgelesen werden müsse, nehmen zwar Mehrere an, s. Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 643., Nettelbladt D. de testamento nuncupativo in scripturam redacto § 20., Wernher Comm. in Pand. P. II. tit. qui testam. facere possunt § 7. Die Notariatsordnung Tit. II. § 9. u. l. 8. C. 6. 22. fordert dies aber nur dann, wenn der Testirer den Zeugen einen vorher schriftlich abgefaßten Aufsatz als seinen letzten Willen vorlegt; s. Höpfner Institt. Comm. § 469., Walch Introd. in controv. jur. civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. § 23. Dagegen halten Andere dieses Erforderniß vermöge der allgemeinen Vorschrift der Notariatsordnung Tit. II. § 5. für unerläßlich; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 834. Dasselbe gilt dann auch von dem testamento judici oblato, während da überhaupt von den bemerkten gesetzlichen Erfordernissen nur diejenigen hinwegfallen, welche die Zeugen betreffen; Glück l. c. Bd. XXXIV. S. 37. Das O. A. Ger. in Celle erkannte ein von einem Testator so schwachen Gesichts, daß er Geschriebenes nicht lesen konnte, dem Richter übergebenes schriftliches Testament für ungültig, denn anders als durch Vorlesen und Anerkennung konnte nicht einmal der Testator selbst und eben so wenig der Richter rechtliche Gewißheit darüber erlangen, daß die übergebene Schrift wirklich den letzten Willen des Exhibenten enthalte; s. jurist. Zeitung f. d. Königreich Hannover 1841. S. 85. Ob die Formvorschriften für Testamente der Blinden auch auf deren donationes mortis causa, und auf privilegirte Testamente der Eltern unter Kindern anzuwenden seyen? ist wohl nach Glück l. c. S. 44. gegen die dort angeführten Dissentienten zu bejahen.

Wegen der zur Errichtung eines Codicills des Blinden erforderlichen

Zahl von Zeugen sind die Meinungen getheilt. Viele statuiren, daß, sowie bei Testamenten der achte, so bei Codicillen der sechste Zeuge in Ermangelung eines Notars beizuziehen sey; s. Walch l. c. pag. 320. (Ed. 3.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 486. (132.), Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1569. not. c., Westphal von Testamenten § 43., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 26. Allein die Analogie kann nicht gelten, wo eine bestimmte Norm auch für Codicille gegeben ist, und die Zuziehung von 8 Zeugen ist in den Gesetzen ausdrücklich für Codicille eben so wie für Testamente ausgesprochen. Die in diesem Fall gleichförmige Behandlung ist deutlich vorgeschrieben in l. 8. C. 6. 22. „quae in eundem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata vel fideicommissa et in summa quae codicillis habentur congrua duxerint ordinanda," und in der Notariatsordnung l. c. § 11. „es ist auch nicht allein in einem Testament eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen und andern seinen letzten Willen noth, solche Form zu halten." Damit stimmt nach dem Zeugniß Bergers in Oecon. jur. Lib. II. tit. 4. th. 10. pag. 384. (Ed. Haubold) die Praxis überein; s. auch Mackeldey Lehrb. § 702. not. d., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. § 685. not. 6., v. Löhr im civilist. Archiv Bd. II. S. 187., Thibaut System § 783. not. f.

Zu 6) Höchst Betrunkene*) werden den Sinnlosen gleich geachtet; can. 7. causa XV. qu. 1. — can. 5. Dist. 36. can. 3. Dist. 35. cap. 14. X. de vita et honest. clericor. Es ist auch denjenigen schwerlich beizupflichten, welche, wie Hellfeld Jurispr. for. § 1404., v. Wening-Ingenheim im Lehrb. Bd. III. § 442. (42.) und Schweppe im röm. Privatr. Bd. V. § 787. lehren, daß nachfolgende Genehmigung jedenfalls den Mangel ergänze. Es steht hier geradezu l. 201. D. 50. 17. entgegen: omnia, quae ex testamento proficiscuntur ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint, und so wenig nach § 1. J. 2. 12. das Testament eines Rasenden dadurch gültig wird, daß er hinterher zu Verstande kommt, eben

*) Gewöhnlich werden drei Grade des Rausches angenommen; s. Heinroth Lehrb. d. Seelenstörungen Th. II. S. 272., Hoffbauer die Psychologie rc. § 190., Masius l. c. S. 636., Clarus Beitr. zur Erkenntniß und Beurtheilung zweifelhafter Seelenzustände S. 113., und dann ist für alle drei oft schnell und unmerkbar in einander fließende Grade ein psychisch unfreier Zustand anzunehmen; wenn Andere den ersten Grad ausnehmen, so rührt dies daher, daß sie vier Grade statuiren; v. Weber Handb. der psychischen Anthropologie § 210. S. 451.



so wenig kann das Aufhören eines jenem gleich geachteten Seelenzustandes auf dasjenige zurückwirken, was während demselben geschehen ist; s. Braun Erörterungen zu Thibaut § 797. — l. 2. D. 28. 1. Aus demselben Grund wird auch von Mehreren behauptet, daß eben so wenig das im Zustand des höchsten Zorns errichtete Testament durch nachher im ruhigen Zustand erfolgtes Beharren Kraft erlange, denn bei Testamenten müsse die Catonianische Regel streng beobachtet werden, quod ab initio non valet etc., und wenn l. 48 D. 50. 17. von Handlungen der Zornigen sage, daß sie durch Beharren nach wiedererlangter Gemüthsruhe Kraft erlangen, so sey dies nur auf Handlungen unter Lebenden zu beschränken; s. Glück P. C. Bd. XXXIII. S. 360. ꝛc., Stryck de cautel. testam. Cap. III. § 32., Müller ad Leyser T. III. Fasc. II. Obs. 620., Valett Lehrb. d. prakt. Pandectenrechts Bd. III. § 959. Allein hier tritt doch wohl ein anderer Gesichtspunkt ein. Man kann nämlich nur dem höchsten Zorn (denn auch am Zorn sind mehrere Grade zu unterscheiden, s. Hencke Lehrb. d. gerichtl. Medicin § 274. und die zur Fr. 4. angeführten Schriftsteller) die Wirkung einer Geistesverwirrung zuschreiben. Ira furor brevis est; schon die zu einem Testament erforderlichen Vorbereitungen und die dasselbe begleitenden Solennien stimmen einen solchen Zustand so weit herab, daß nur Feindschaft übrig bleibt, welche keinen Grund zur Testamentsanfechtung abgibt. Man kann auch nicht immer so schließen: was im Zorn geschieht, ist blos aus Zorn geschehen, vielmehr geht das Gegentheil aus fortwährendem Beharren auf dem gefaßten Entschluß hervor; quicquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, *judicium animi fuisse.* l. 48. D. 50. 17. Im Zweifel wird daher immer das Testament aufrecht erhalten werden müssen; s. Thibaut System § 948. (Ed. 8.), Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 183. (Ed. 3.), v. Wening-Ingenheim l. c., Schweppe l. c., Leyser Vol. V. Sp. 352. Med. 3. und 4., v. Berg jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle Th. I. no. 9., Zimmern Grundriß d. Erbr. Anh. I. S. 54., Westphal Grunds. von rechtl. Beurtheilung der aus Hitze des Zorns unternommenen erlaubten und unerlaubten Handlungen Kap. I. § 6. u. 43.

Zu 7) Wenn Jemand, der nicht lesen und schreiben kann*), ein geschriebenes Testament übergibt, so scheint dessen Vorlesen coram

*) Die Frage: ob Jemandem, der durch Anfälle vom Schlag außer Stand gesetzt war, articulirt zu reden, und wegen Lähmung der Hand auch nicht schreiben konnte, vom Landesherrn die facultas testandi concedirt werden



Actuario eben so unerläßliche Bedingung der Annahme und Gültigkeit, wie bei dem Testament eines Blinden, da es einerlei ist, ob man etwas Geschriebenes nicht sehen oder nicht lesen kann, daher auch l. 21. pr. l. 28. § 1. C. 6. 23. hier eben so die Beiziehung eines achten Zeugen bei der außergerichtlichen Errichtung erfordert. Dieser Meinung ist Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 315. (Ed. 3.) nebst den von ihm angeführten Schriftstellern: Brunnemann, Stryck, Bulzejus, J. H. Böhmer, Wernher, und derselben ist auch der früher anderer Ansicht gefolgte Carpzov in Resp. P. XI. Dec. 149., Müller Obs. ad Leyser T. VI. F. 2. pag. 79., Klein in den Annalen Bd. V. no. 4. S. 183., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VIII. no. 421. S. 224. rc. beigetreten. Die meisten Neueren sind aber der Meinung, daß die singuläre Vorschrift hinsichtlich der Testamente der Blinden nicht über den Fall des Gesetzes auszudehnen sey, vielmehr jedem Andern, welcher dem Richter ein Testament mit der Versicherung, daß es sein letzter Wille sey, übergibt, geglaubt werden müsse, da jeder Andere, der nicht so ganz hülflos ist, wie der Blinde, sich selbst gegen Betrug schützen könne. Umfänglich begründet diese Ansicht Kritz in d. Samml. von Rechtsfällen Bd. III. S. 76. und Thibaut, welcher früher selbst entgegengesetzter Meinung war, im civilist. Archiv Bd. VI. S. 226., s. auch Leyser Vol. V. Sp. 353. Med. 4., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1265., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. II. § 447., A. D. Weber Erläuter. d. Pand. Th. II. § 1406., Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 47. Nach v. Hartitzsch Entscheidungen no. 404. ist immer der Beweis nothwendig, daß der Testirer sich die Ueberzeugung von der Identität des Geschriebenen mit seiner wahren Willensmeinung verschafft habe; vergl. Kori Erörter. prakt. Rechtsfragen Th. II. no. 26.

Zu 8) Als particularrechtlich verdient der Grundsatz Beachtung, daß ein Testament aus dem Grund des Wahnsinns nach dem Tode des Testirers gar nicht angefochten werden könne, wenn nicht vor seinem Tod eine Klage auf Interdiction eingeführt war; s. Lassaulx Journal für Gesetzkunde und Rechtsgelehrsamkeit Jahrg. II. Bd. III. S. 158., vergl. Laukhardt Rechtsfälle und Entscheidungen d. Französischen und Belgischen Gerichtshöfe no. 1. Gemeinrechtlich wird zwar die Ver-

---

könne? wird, vorausgesetzt commissioneller Untersuchung darüber, ob Gewißheit obwalte, daß derselbe Sinn und Inhalt des von ihm untersiegelten sofort vorzulesenden Testaments genau fasse und billige, nach Analogie der Rechtsbestimmungen über Testamente der Taubstummen bejaht in Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. S. 159.

standesfähigkeit immer rechtlich vermuthet, daher des Menschen letzter Wille gilt, wenn er ihn auf dem Sterbebett auch nur mit stammelnder Stimme noch, aber doch auf eine verständliche Art aussprechen kann, l. 15. C. 6. 23., Geiger und Glück Rechtsfälle Bd. III. S. 182., Glück's P. E. Bd. XXXIII. S. 360., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. S. 159. Der Beweis des Gegentheils ist indessen nicht ausgeschlossen, er muß aber auf die Zeit der Testamentserrichtung nach l. 2. D. 28. 1. dirigirt, und auf solche Thatsachen articulirt seyn, aus welchen die Geisteszerrüttung hervorgeht. Ständen Behauptungen derselben mit dem Inhalt eines öffentlichen Testaments in Widerspruch, so müßte wohl ein untergelaufenes Falsum bewiesen werden; s. Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Preußischen Rheinprovinzen Bd. IX. Abth. 1. S. 82., Bd. XV. Abth. 1. S. 207. Wenn aber auch eine Verrücktheit des Testators durch Zeugen bewiesen würde, oder selbst eine Wahnsinnigkeitserklärung noch bei dessen Lebzeiten eingetreten seyn sollte, so wird damit doch nicht in allen Fällen die Ungültigkeit des Testaments schon als entschieden betrachtet werden können. Es gibt nämlich auch einen partiellen auf eine fixe Idee beschränkten Wahnsinn, mit welchem in allen übrigen Punkten eine ungestörte Verstandeskraft und selbst Schärfe des Verstandes wohl bestehen kann; s. Henke Lehrb. d. gerichtl. Medicin § 253—265., desgleichen einen nicht anhaltenden, sondern aussetzenden Wahnsinn, welcher in lichten Zwischenräumen die Testirfähigkeit nicht hindert; l. 9. C. 6. 22. — § 1. in f. J. 2. 12. Im ersten Fall wird das Testament nur dann auf Gültigkeit Anspruch machen können, wenn das Gericht dasselbe nicht anders als mit Beihülfe gerichtsärztlicher Untersuchung und nach vollständiger richterlicher Ueberzeugung von der hinlänglichen Verstandeskraft und ungestörtem Gemüth des Testirenden aufnimmt; im zweiten Fall liegt demjenigen, der dessen Gültigkeit behaupet, der Beweis ob, daß es in einem lichten Zwischenraum errichtet worden sey; s. Glück l. c., Leyser Vol. V. Sp. 347. Med. 3—5., v. Berg jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle Th. III. S. 243. — Stumpfsinn (mentis imbecillitas) und Blödsinn (amentia, fatuitas) werden zwar dem Wahnsinn gleich geachtet, l. 2. D. 3. 1. — l. 19. in f. l. 21. D. 42. 15. — bei dem dem Asserenten obliegenden Beweis wird aber, da ein solcher Zustand nicht mit Einfalt und Dummheit (stupiditas, simplicitas) verwechselt werden darf, viel auf ärztliche und richterliche Beurtheilung ankommen; s. Glück l. c., Henke l. c. § 247. Wenn die bei Lebzeiten nicht für blödsinnig erklärte und nicht unter Curatel gesetzte Person bereits gestorben ist, so muß der Beweis des Blödsinns

durch deren Aerzte geführt werden, wenn sie deren gehabt hat, und außerdem würde, wenn auch durch Zeugen solche Thatsachen dargethan würden, welche den Schluß auf Blödsinn begründen, immer noch ein ärztliches Gutachten zu erheben seyn; s. v. Bülow u. Hagemann's pr. Erörter. Bd. V. S. 41. Ueber eine zuweilen in Wahnsinn übergehende Melancholie s. Metzgers gerichtl. Arzneiwissenschaft § 411., Stryck D. de dementia et melancholia. —

Zu 9) Darüber ist kein Zweifel, daß das vor der interdictio bonorum errichtete Testament gültig bleibt; § 2. J. 2. 12. — l. 18. pr. D. 28. 1. — Rationell möchte man dieser auch überhaupt keine ihrem Grund und Zweck völlig fremdscheinende Wirkung auf letztwillige Verfügungen zugestehen, vielmehr, wie die Nov. Leonis XXXIX. es wollte, die Gleichstellung des prodigi mit dem furioso nicht noch überschreiten, sondern, so wie diesem in lichten Zwischenräumen, so jenem, wenn sein letzter Wille vernünftig und gut, seinen Verwandten nicht ungünstig und sich nicht einer verschwenderischen Sinnesart entsprungen zeigt, Anerkennung gewähren, wofür auch die Praxis von älteren Rechtsgelehrten, wie Carpzov, v. Sande und Johann Philippi, behauptet wird.*) Allein da die nicht glossirten Novellae Leonis in Deutschland nicht recipirt sind, so konnte diese Ansicht nicht Wurzel fassen, und behielt nur wenige Vertheidiger; s. Hoppe von juridischen Verschwendern § 12 — 14. und Mannert Diss. de testam. prodigi § 11. Vergebens suchte Letzterer durch Berufung auf die Reichshofrathsordnung Ferdinands III. das Ansehen der Nov. Leonis zu retten, indem jene das ganze Corpus juris civilis mit allen seinen Anhängen für gültig erklärte, während die damals gangbaren Gothofredischen Ausgaben die Novellen des Kaisers Leo wirklich enthalten hatten; s. dagegen Glück P. C. Bd. XXXIII. § 1404 c. Der pönalartige Charakter der Interdiction, welcher dem Verschwender das jus commercii im weitesten Sinn benahm,**) cf. Ulp. Fragm. tit. 20. § 13., blieb überwiegend, und wenn auch Paulus in sent. rec. Lib. III. tit. 4. § 12. sagte:

*) Von der testamentifactio der Verschwender nach Römischem und Preußischem Recht s. vorzüglich Gans Beitr. zur Revision der Preußischen Gesetzgebung Bd. I. S. 147. Nach letzterer ist der prodigus nur in so weit beschränkt, daß er zum Nachtheil seiner Frau und seiner Verwandten innerhalb des sechsten Grades nicht über die Hälfte seines Vermögens hinaus verfügen darf. — Gewiß ein sehr mangelhafter Versuch, eine allgemeine materielle oder inhaltliche Schranke zu setzen.

**) Ob die Verbindung der härtesten Folgen mit einer Prodigalitätserklärung der legislativen Klugheit angemessen sey, ist eine weitere Frage.

prodigus recepta vitae sanitate ad bonos mores reversus et testamentum facere, et ad testamenti solennia adhiberi potest, so konnte dies doch nicht helfen, so lange die Interdiction nicht vom Richter wieder aufgehoben war. Auch das germanische Recht stimmte damit überein; s. Walch Comment. de test. prodigi jure Germanico invalido. Jenae 1754., Eisenhart D. de jure testandi prodigo non competente Helmst. 1749., v. Quistorp rechtl. Bemerk. Thl. II. no. 5. Dies ist nun auch allgemein angenommen; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VIII. S. 170., Thibaut System § 948., Puchta Lehrbuch § 457., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 428., Glück l. c. und die von ihm angeführten Autoren. Daß übrigens die nach den Gesetzen des Wohnorts erkannte Prodigalitätserklärung auch in Ansehung der im Ausland eingegangenen Rechtsgeschäfte zu beachten sey, ist zwar streitig, jedoch nach allgemeinen Grundsätzen wohl zu bejahen; Hommel Rhaps. Obs. 409., Glück P. C. Bd. I. § 74. S. 398., Kritz Samml. v. Rechtsfällen Th. I. S. 123., Schwarze und Heyne Untersuchungen prakt. wichtiger Materien rc. S. 331., vergl. Bd. I. S. 61. und S. 262. Fr. 27 b.

Zu 10) Grundsatz ist: daß Hauskinder über das peculium castrense und quasi castrense ganz frei, über das peculium adventitium — wenn sie gleich unter Lebenden davon verschenken können, s. Nov. 117. c. 1., Köchy Meditt. Bd. I. S. 22. — doch nicht mortis causa verfügen, und über das pecul. profectitium nur mit Einwilligung des Vaters eine mortis causa donatio vornehmen können.*) Die bündigste Erörterung hierüber s. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 428. no. 2. — Die sonst von mehreren Rechtsgelehrten statuirten Ausnahmen in Betreff des pecul. advent. irregularis, und einer mit väterlicher Zustimmung getroffenen testamentarischen Disposition zu frommen Zwecken, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 488. (129.), Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 787., J. H. Boehmer J. E. Pr. T. II. Lib. III. tit. 25. § 25., Schmalz Handb. des canon. Rechts § 352., G. L. Boehmer Princ. jur. can. § 615., sind nun wohl allgemein für ungegründet erkannt; s. Marezoll in Linde's Zeitschrift Bd. VIII. S. 431., Kleinschrod de jure filiifamilias disponendi

*) Besondere Landesrechte, z. B. das Preußische, das Würtembergische, die Fränkische Landesger. Ordn., die Nürnberger und Frankfurter Reformation rc., räumen auch Haussöhnen, wenn sie das gesetzmäßige Alter haben, facultatem testandi über ihr eigenthümliches auch adventizisches Vermögen salvo ususfructu paterno, ohne besonderen väterlichen Consens ein.

de peculiis § 20., Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 126. rc., Höpfner Institt. Comm. § 466., Cocceji J. C. Lib. 28. tit. 1. qu. 5., Hunger das röm. Erbrecht S. 42., Thibaut System § 844. und 948. (Ed. 8.), v. Vangerow Pand. Bd. II. § 428. no. 2. Dem steht nicht entgegen, daß ja der Haussohn mit Zustimmung des Vaters eine mortis causa donatio nach l. 7. § 4. D. 39. 5. — l. 25. § 1. D. 39. 6. gültig errichten kann, denn diese Gesetze sprechen nur vom pec. profectitio, können daher auf pec. adventitium unmöglich angewendet werden, wie gleichwohl noch von Manchen geschieht; s. Eichhorn Kirchenr. Bd. II. S. 767., Wening-Ingenheim Lehrbuch Bd. II. § 483., Schulte in Linde's Zeitsch. Bd. VIII. S. 216. Nur in Beziehung auf pec. profect. darf wohl auch das c. 4. de sepult. in VIto (3. 12.) verstanden werden, welches dem Hauskind mit Einwilligung des Vaters ad pias causas pro anima sua judicare gestattet; Puchta Pand. § 463. no. 5., Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 140., v. Vangerow l. c., vergl. auch Fritz im civilist. Archiv Bd. VI. S. 203. Eine Testirbefugniß des Hauskinds wird man aus der angeführten Stelle des canonischen Rechts schon deshalb nicht begründen können, weil eine solche das Römische Recht in seinen Grundprincipien abändernde Bestimmung, auf welche die Absicht nicht einmal muthmaßlich gerichtet seyn konnte, deswegen nicht berücksichtiget werden könnte, weil die Notariatsordnung Maximilians I. oder der Cölner Reichsabschied v. J. 1512. Tit. v. Testamenten ausdrücklich verordnet, daß in der Lehre von Testamenten die Grundsätze des röm. Rechts in Deutschlands Gerichten angewendet werden sollen. Gleichwohl gibt dem canonischen Recht den Vorzug Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 727. u. 883. Eine gültige Ausnahme findet jedoch bei Haussöhnen geistlichen Standes Statt, s. l. 34. C. 1. 3. Nov. 123. c. 19., Glück l. c. S. 138. und indirect geht aus anderen Grundsätzen die Folge hervor, daß der Testamentserbe eines Haussohns, welcher nur über sein peculium castrense testirte, wenn er in der Folge als homo sui juris stirbt, nun doch auch dessen nicht castrensisches Vermögen erhält, über welches er nicht testirt hat und nicht disponiren konnte; l. 12. und 13. § 1. D. 29. 1., v. Löhr im civilist. Archiv Bd. VII. no. 15. § 1., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 442. (42.), Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 787. not. 9. pag. 43.

Zu 11) Diese Frage müßte man wohl mit Hasse v. d. ehelichen Gütergemeinschaft § 38. rc. verneinen, wenn man das Grundprincip derselben, daß das Vermögen als ein Ganzes sich im Gesammteigenthum beider Ehegatten als einer moralischen Person befinde, bis zu der Conse-

quenz treiben wollte, daß die Disposition jedes einzelnen Ehegatten als eine dispositio de re aliena nicht stattfinden könne, allein wenn auch kein einzelner Ehegatte sich privative Rechte an irgend einem Gegenstand während der Dauer der allgemeinen Gütergemeinschaft beilegen kann, und es immerhin ungewiß bleibt, ob jemals irgend ein Theil des gemeinschaftlichen Vermögens in das privative Eigenthum des Einzelnen übergehen werde, so muß doch jedem Ehegatten auch schon während der Gemeinschaft ein unbezweifeltes und wohlerworbenes, wenn gleich in der gänzlichen Verschmelzung des Individuellen zum Gemeinschaftlichen seinem Object nach unbestimmtes Recht zugeschrieben werden, rücksichtlich dessen er von der testamentifactio nicht ausgeschlossen werden kann. Wollte man aber auch annehmen, daß einseitig kein Ehegatte über das gemeinschaftliche Vermögen während der Ehe, wäre es auch nur auf den Todesfall, disponiren könne, so ließe sich dies nur so erklären, daß, wenn keine Kinder vorhanden sind, dem anderen Ehegatten ein schon begründetes Consolidationsrecht zusteht,*) wenn aber Kinder da sind, diese unmittelbar an die Stelle des Verstorbenen in die Gemeinschaft treten. Folgt aber daraus für die communio prorogata, daß die Rechte des überlebenden Ehegatten an dem gemeinschaftlichen Vermögen mit dessen eigenem Leben erlöschen, und daß den in der Gemeinschaft gebliebenen Kindern schon vermöge dieser Gemeinschaft ein jus quaesitum auf Beibehaltung des ganzen Vermögens zustehe, so daß der Ueberlebende Todes halber über nichts verfügen könnte? Gewiß nicht; mit dem Tod eines Ehegatten endigt sich die eheliche Gütergemeinschaft in ihrem ursprünglichen Sinn, es entstehen nun ideelle Theile für den Ueberlebenden und die Kinder. Die Ansprüche der Letzteren beruhen auf einem wahren Erbrecht oder wenigstens Successionsrecht, nur der überlebende Ehegatte besitzt jure communionis und es bildet sich für beide Theile blos ein gewöhnliches Societätsverhältniß; s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. I. S. 91., vergl. Mittermaier in v. Savigny Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. II. S. 318., Eichhorn deutsch. Privatr. § 307.**) — Die deutschen Statute erkennen auch in der Regel das Recht eines Ehegatten, ein Testament zu errichten, ausdrücklich an.

---

*) Dieses Consolidationsrecht äußert sich da, wo das Statut bei unbeerbter Ehe dem überlebenden Ehegatten das ganze Vermögen zuspricht, in der rechtlichen Wirkung, daß demselben durch eine letztwillige Verfügung des Andern nichts entzogen werden kann.

**) Andere Beschränkungen der Testirfreiheit bietet das römische Recht in der lex Voconia, s. Neustetel u. Zimmern römisch-rechtl. Unter-



§ 2. Erfordernisse der Willensbestimmung.

A. Vom Zwang.

1) Was ist die rechtliche Folge, wenn der Testator zur Errichtung eines letzten Willens gezwungen wurde; oder
2) wenn er durch Zwang abgehalten würde, sein Testament zu machen; oder
3) durch Zwang verhindert wurde, das gemachte Testament abzuändern?
4) Ist ungestümes Zubringen und unablässige Persuasion dem Zwang gleich zu achten?
5) Kann derjenige, welcher das Testament aus dem Grund des Zwanges oder gefährlicher Ueberredung anfechten will, sich zum Beweis der Eideszuschiebung bedienen?

Zu 1) Ob Zwang zum Testiren, gleichviel ob derselbe im Act selbst ausgeübt, oder demselben vorangegangen ist,*) Nichtigkeit des Testaments oder nur Rescissibilität und einen Indignitätsfall begründe, darüber sind die Meinungen getheilt. Die Anhänger der ersteren kommen zu dem einfach natürlichen Resultat, daß die gesetzlichen Erben an die Stelle des Zwingenden treten, diejenigen, welche die letztere Ansicht verfolgen, halten sich zu der Folgerung berechtiget und bemüssiget, daß die Portion des Zwingenden dem Fiscus heimfalle. Die letztere Meinung vertheidigt vorzüglich vermöge l. 2. § 2. D. 29. 6. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 431. not. 2., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 337., Voet Comm. ad Pand. Lib. 29. tit. 6. § 1. Eine mittlere Meinung aber geht dahin, daß aus dem allerdings nicht zu läugnenden Vorhandenseyn eines Indignitätsfalles noch nicht absolut das Eintreten des Fiscus folge, s. l. un. § 12. C. 6. 51. Quae autem antiquis legibus dicta sunt de his, quae ut indignis auferuntur, et nos simili modo intacta servamus, sive in nostrum fiscum, sive *in alias personas* perveniant. Diese aliae personae wären dann eben diejenigen, welche das Gesetz zu Erben berufen hätte, wenn der Erblasser nicht zu einem Testament gezwungen worden

---

suchungen Bd. I. S. 311., Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 183. und das neuere Recht einzelner deutscher Länder in der quarta pauperum et scholarum dar.

*) Dieser von A. Faber de error. Pragm. Dec. 38. Err. 3—5. aufgestellte Unterschied hat nirgends Eingang gefunden.



wäre; s. Glück P. C. Bd. XXXIII. S. 426. ꝛc. Dieser Ansicht scheint auch Puchta im Lehrb. § 465. not. e. beigezählt werden zu dürfen. Für das Recht der Intestaterben und gegen die auffallende Unbilligkeit, daß diese ganz unschuldig durch die dolose Handlung eines Dritten um ihr gesetzliches Erbrecht gebracht werden sollten, erklären sich auch die meisten Rechtsgelehrten; s. Schweppe röm. Privatr. Thl. V. § 789. not. 2. (welchen Glück l. c. not. 51. ganz irrig für die entgegengesetzte Meinung citirt), Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. Med. 459.*), v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 454. (64.), Thibaut System § 949., Mackeldey Lehrb. § 167., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1617. Dieser Meinung zufolge muß man auch in dem Fall, wenn von mehreren Intestaterben Einer oder Einige den Erblasser durch List oder Zwang vermocht hätten, ihn oder sie allein einzusetzen, das Accrescenzrecht zu Gunsten der Uebrigen statuiren, s. Glück l. c. S. 432. und die von ihm angeführten Schriftsteller, obwohl in diesem Fall auch Hofacker l. c. und Andere die Intestatportion des Zwingenden dem fiscus heimfällig erachten, s. die bei Glück l. c. not. 61. citirten Rechtslehrer.

Zu 2) Diesen Fall entscheidet l. 1. pr. D. 29. 6. unzweifelhaft dahin, daß die Erbschaft dem Unwürdigen, welcher solchen Zwang ausgeübt hat, vom fiscus entriffen werde, wovon auch nach l. 19. D. 34. 9. die Folge ist, daß die an Dritte ausgesetzten Vermächtnisse nicht präftirt werden. Dieser Fall, von welchem auch l. 2. C. 6. 34. handelt, ist aber auch wesentlich von dem zu 1. bemerkten Fall verschieden, denn hier kann man nicht wissen, wen der Verstorbene zum Erben eingesetzt haben würde, wenn nicht eine gewaltsame Verhinderung eingetreten wäre, dagegen man in dem zu 1. bemerkten Fall wohl weiß, wer zur Erbschaft berechtiget gewesen wäre, wenn der Erblasser nicht gezwungen worden wäre, eine bestimmte Person einzusetzen. Es wird daher wohl mit Recht dagegen geeifert, beide Fälle blos deswegen ganz gleich zu behandeln, weil der betreffende Pandectentitel lautet: si quis aliquem testari prohibuerit vel coëgerit.

Zu 3) Dieser Fall ist von dem zu 2. aufgeführten nicht wesentlich verschieden, daher auch die rechtliche Folge dieselbe. Dem fiscus fällt demnach, je nachdem der Zwang von sämmtlichen berufenen Erben aus-

*) Dort wird indessen nur der specielle Fall, wenn ein Intestaterbe den Erblasser zur Errichtung eines Testaments gezwungen hat, und zwar dahin, daß derselbe dadurch seines Erbtheils nicht verlustig werden dürfe, entschieden, auch dafür ein Decisum der K. Preuß. Gesetz=Commission angeführt; s. Klein Annalen der Gesetzgebung Bd. V. no. 7. S. 196.



geübt worden ist, entweder die ganze Erbschaft oder die Portion des Zwingenden heim, dagegen im letzteren Fall die Portionen der übrigen und wohl consequent auch die auf diesen lastenden Legate ungeschmälert bleiben; l. 1. § 2. l. 2. § 1. D. 29. 6., v. Vangerow l. c. § 431. not. 1.

Zu 4) Diese Frage wird wohl nur dann aufgeworfen werden können, wenn der Testirer nicht nachher noch Zeit und Ruhe genug hatte, sein ihm gleichsam abgedrungenes Testament wieder zu ändern. Aber auch wenn dies nicht der Fall war, läßt sich wenigstens nicht aus Gesetzen nachweisen, daß ungestümes Zudringen und Persuadiren dem Zwang gleich gestellt sey, wie gleichwohl die gemeine Meinung bei kranken und reizbaren Personen annimmt, s. Glück P. C. Bd. XXXIII. S. 433. und die in not. 64. angeführten Autoren, welchen noch beigezählt werden kann Thibaut System d. P. R. § 949. (Ed. 8.), Leyser Sp. 375. Med. 8., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1618.; s. dagegen v. Quistorp rechtl. Bemerk. Th. I. S. 68., Weber in not. 1. zu § 442. des Höpfnerischen Institt. Comm. Immerhin wird ein zu sicherer Ueberzeugung des Richters führender Beweis sehr schwierig seyn, wenn man mit Hommel Rhaps. Vol. III. Obs. 428. die Meinung Leysers in Coroll. ad Sp. 375. Med. 36. und seines Gewährsmannes Carpzov P. III. C. 5. def. 12. quod confessio et querela testatoris privatim erga amicos prolata coactam testandi voluntatem satis probet, beizupflichten Bedenken trägt; vergl. auch l. 3. D. 29. 6. — l. 3. C. 6. 34.

Zu 5) Bei der Schwierigkeit eines wenigstens zum Reinigungseid führenden Beweises wird diese Frage häufig vorkommen. Die Zulässigkeit der Eideszuschiebung ist sowohl für diese Einrede, als für jene des Zwangs, früherer Dissentienten ungeachtet, nun wohl allgemein angenommen; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. no. 295., Kapff merkw. Rechtssprüche Bd. I. S. 108., wenn auch gleich im Testament vom Erblasser gesagt ist, daß dies Alles sein freier und ungezwungener Wille sey, denn auch diese Clausel kann ja erzwungen seyn. Bestritten ist aber, ob der Eid nur über die allgemeine Behauptung des Zwanges oder der gefährlichen Persuasion zugeschoben zu werden brauche, oder ob derselbe auf specielle Thatsachen solcher Art gerichtet werden müsse? Letzteres nimmt an Leyser Sp. 375. Med. 36., Hellfeld Jurispr. for. § 1405., v. Batz Abhandl. über verschiedene Gegenstände des natürlichen und positiven Rechts no. 13. Dagegen die Zulassung der Eideszuschiebung in genereller Form vertheidigt Kapff l. c. no. 16. mit Beziehung auf die Tübinger Facultäts-Consilien bei Schweder T. I.

Cons. 100. Die Decisiones Cassellanae Vol. I. Dec. 132. und Vol. II. Dec. 173. folgen Einmal den Leyserischen Grundsätzen, das andere Mal lassen sie den ganz in terminis generalioribus zugeschobenen Eid zu. Der vorzüglichste Grund, um von der Regel bestimmter Direction des Eids auf factische Momente hier einigermaßen nachzulassen, liegt darin, daß den geheimen Künsten der Erbschleicherei, welche ihr Spiel nicht offen treibt, außerdem wohl nicht beizukommen wäre, und der Delat sich nicht beschweren kann, indem er selbst zum Richter in seiner Sache gemacht wird. Auch spricht dafür die Analogie der Eidesdelation über ein Oralfideicommiß nach l. ult. C. 6. 42., wobei der Deferent unverhindert ist, wenn er gleich nicht im Stande ist, zu bestimmen, was oder wie viel, wo, zu welcher Zeit und unter welchen Umständen der Erblasser seinem Erben zu Gunsten des Dritten etwas anbefohlen hat.

B. Irrthum.

Je nach den verschiedenen Gestaltungen des Irrthums fragt sich, in wie fern eine letztwillige Verordnung aus diesem Grund mit Wirksamkeit angefochten werden könne,

1) wenn die Erbeinsetzung oder sonstige Honorirung einer bestimmten Person von gewissen Vorstellungen und Beweggründen des Testators begleitet ist, welchen die Wirklichkeit entgegen ist?

2) wenn der Testator eine bestimmte Person namentlich honorirt, ihr aber irrig eine Eigenschaft beilegt, welche sie nicht hat? — Gemeiniglich wird damit auch die zuerst bemerkte Art des Irrthums zusammentreffen; z. B. der Testator sagte: C., welcher mir das Leben gerettet hat, soll mein Erbe seyn, C. aber war derjenige wirklich nicht, welcher ihm das Leben gerettet hatte. Oder

3) der Testator verwechselt die Personen, was man error in corpore zu nennen pflegt; oder

4) er gibt dem Honorirten einen falschen Beinamen, oder eine andere irrige Bezeichnung; oder

5) er irrte im Object, indem er eine fremde Sache, in der irrigen Meinung, sie sey sein Eigenthum, Jemandem vermacht; oder

6) es schleicht sich im Niederschreiben des Testaments ein Irrthum in der Quantität ein; z. B. das Legat lautet auf 1000 Fl. für meine drei Vettern, der Testator hatte aber 3000 Fl. beabsichtiget.

Zu 1) In der Regel liegt hier dem Angreifenden ein doppelter Beweis ob, nicht nur, daß der Beweggrund, welchen der Testator ausgedrückt hat, irrig war, sondern auch, daß derselbe ohne diesen Irrthum nicht also disponirt haben würde; l 1. C. 6. 44. — l. 72. § 6. D. 35. 1. — § 4. J. 2. 15. — l. 40. D. 28. 5., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. S. 49. not. 6., jedoch wird das Letztere, wenn es auch nicht schon ganz bestimmt aus dem Inhalt des Testaments selbst hervorgeht, in manchen Fällen präsumirt, z. B. wenn der Testirer Jemand als seinen Sohn instituirt hat, der es nicht ist, l. 5. C. 6. 23. — l. 4. l. 7. C. 6. 24., oder wenn er einen Sohn exheredirt, weil er glaubt, daß derselbe nicht sein Sohn sey, oder wenn er einen Fremden einsetzt, in der Meinung, sein Sohn sey gestorben; l. 92. D. 28. 5. — l. 14. § 2. l. 15. D. 28. 2. — l. 28. D. 5. 2. Immer wird aber nur die irrige Erbeinsetzung hinfällig, dagegen die Legate bestehen bleiben. Im letztbemerkten Fall könnte man dies zwar wegen Inofficiosität bezweifeln, allein die Gesetze halten diesen Gesichtspunkt nicht für anwendbar, weil die Enterbung unabsichtlich geschah; l. 9. l. 10. C. 6. 21. — l. 28. D. 5. 2., Glück P. C. Bd. VII. S. 317. not. 98.

Zu 2) Auch hier ist — die vorbemerkten Ausnahmen abgerechnet — der vorbeschriebene doppelte Beweis nöthig; außerdem heißt es: falsa causa non nocet; § 31. J. 2. 20. — l. 1. C. 6. 44. Man kann ja nicht wissen, ob nicht der Erblasser die Person dennoch bedacht hätte, auch wenn er das Nichtvorhandenseyn der von ihm derselben irrig beigelegten Eigenschaft gewußt hätte, l. 72. § 6. D. 35. 1., ratio legandi legato non cohaeret; doch heißt es weiter: plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse. Ein Anderes ist es, wenn die irrige Voraussetzung des Testirers absolut nothwendig und unzertrennlich mit der Hauptbestimmung zusammenhängt, da muß natürlich diese mit jener von selbst zusammenfallen. Beispiele hiervon s. Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 4. § 26., Struben rechtl. Bedenken Thl. V. no. 37. Ein gegebenes Prädicat kann auch unrichtig scheinen, und doch in gewisser Beziehung Geltung haben. So sagt l. 58. § 1. D. 28. 5.: Einer, der nicht Bruder des Erblassers

ist, wird, wenn ihn dieser mit brüderlicher Liebe liebt, nebst Anführung seines Namens unter der Benennung Bruder rechtlich zum Erben eingesetzt.

Struben in den rechtl. Bedenken Thl. II. no. 105. hält dafür; wenn der Testator eine Verwandte, mit dem Beisatz: da sie ihm in der Succession am nächsten stehe, zur Erbin einsetzte, gleichwohl aber eine nähere Verwandte vorhanden ist, so sey deshalb die Erbeinsetzung nicht ungültig, wie der von ihm angeführte Barry de success. Lib. II. tit. 6. no. 7. aus der oben allegirten l. 4. C. 6. 24. folgern will; *) so auch, wenn der Vater dem jüngsten Sohne das Hofgut zuwendet, weil sein Anspruch auf den Landesgebrauch gegründet sey, gleichwohl aber bewiesen würde, daß der Landesgebrauch vielmehr dem ältesten Sohne zu Statten komme; s. Struben l. c. Wenn der Testirer seinen Sohn als Erben mit einer jährlichen Rente zum Besten seiner beiden jüngsten Töchter unter Anführung des Grundes belastet, weil diese von den Zinsen ihres Erbtheils keine standesmäßige Erziehung erhalten könnten, in der Folge aber die eine derselben stirbt, und die Umstände der überlebenden sich so verbessern, daß ihre Revenuen zu den Erziehungskosten hinreichen, so soll das Hinwegfallen des Beweggrundes noch nicht den Wegfall der legirten Rente begründen; Struben l. c. Thl. V. no. 37.

Eigenthümlich ist die Behandlung des Falles in l. 40. u. 41. D. 28. 5. und § 4. J. 2. 15., wo ein Unfreier von dem Testator, welcher ihn für einen Freien hielt, zum Erben eingesetzt und ihm auf den Fall, wenn er nicht Erbe würde, substituirt worden war.

Die Entscheidung würde, wenn der Testator den Zustand der Unfreiheit gewußt hätte, nicht anders möglich seyn, als daß der Substitut nur dann eintreten könne, wenn der Instituirte weder sich noch seinem Herrn die Erbschaft erwerben würde. Da aber der Testator an dem Instituirten eine Eigenschaft voraussetzte, welche nicht vorhanden war, welche es ihm aber allein möglich gemacht haben würde, die ihm zugedachte Erbschaft zu erwerben, so möchte man geneigt seyn, die Erbschaft dem Substituten zuzuerkennen; **) der Kaiser Tiberius entschied aber laut

*) Indessen nimmt doch Struben selbst wieder die entgegengesetzte Meinung im Bd. V. no. 37. not. c. an: falsa causa, quae ingreditur voluntatem testatoris, v. g. si instituit aliquem ut consanguineum heredem, qui talis non est — nullam reddit institutionem.

**) Damit scheint l. 3. C. 6. 24. übereinzustimmen. A. hatte den J. als Freigelassenen zum Erben eingesetzt, und eine Substitution mit den Worten beigefügt: „sollte mein eingesetzter Erbe meine Erbschaft aus irgend einem Grunde nicht antreten können oder wollen, so substituire ich an seiner Statt

der bemerkten, auch in anderer Beziehung vielfach besprochenen Gesetzstelle dahin, daß der Herr des Sklaven und der Substitut sich in die Erbschaft zu theilen hätten; — vermuthlich aus dem Grunde, weil es immerhin zweifelhaft bleiben mochte, ob nicht der Erblasser jenen Menschen auch dann eingesetzt haben würde, wenn ihm sein unfreier Zustand bekannt gewesen wäre, s. Mühlenbruch in Glück's P. C. Bd. XL. S. 351., also nach dem Grundsatz: in rebus dubiis mediam viam elige. Ob übrigens die Theilung zu gleichen Theilen stattfinde, oder, wie es nach dem Gesetz scheint, der institutus ¾, der substitutus aber nur ¼ erhalte, wie Huschke in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 375. Bd. XV. S. 237. zu demonstriren sucht, ist zweifelhaft, aber das Uebergewicht der Gründe ist für die gleiche Theilung; s. Arndts ebend. Bd. XIII. S. 293., v. Vangerow in Richter's u. Schneider's kritisch. Jahrbüchern Bd. III. S. 571., Donell. Comment. Vol. III. Lib. 6. cap. 24. § 15—18. und die deutsche Uebersetzung des Corp. jur. Vol. III. S. 64. not. 121.

Zu 3) In solchen Fällen, wo die Identität der beabsichteten und der vom Testator bezeichneten Person fehlt, wird die Disposition hinfällig; z. B. der Testator war in die Meinung versetzt, ein von ihm nie gesehener Vetter Titius sey von der Reise zurückgekommen, und testirt nun also: Titius, qui ex peregrinatione reversus est, heres esto. In diesem Falle wird weder der wirkliche noch der vermeintliche Titius Erbe. Quotiens volens alium heredem scribere, alium scripserit, in corpore hominis errans (veluti frater meus, patronus meus), placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est; l. 9. pr. D. 28. 5.

Zu 4) Dieser Fall unterscheidet sich von den vorigen Fällen dadurch,

---

den V. Nun ergab sich, daß J. ein gemeinschaftlicher Sklave des A. und seines Bruders Z. war. War nun die Erbschaft dem Herrn des J. oder dem Substituten zuzuerkennen? — Für den Substituten wäre — so heißt es weiter — zu entscheiden, wenn der Testirer im Glauben, daß der J. ihm allein eigenthümlich gehöre und sein Freigelassener sey, zu seinen Gunsten, und nicht in der Absicht, durch ihn seinem Herrn die Erbschaft zuzuwenden, also disponirt hätte. Allein die Worte: wenn mein eingesetzter Erbe aus irgend einem Grunde nicht antreten könnte oder wollte, können auch so verstanden werden, wenn er — auch nicht seinem Herrn — erwerben wollte (denn er konnte auch gegen den Befehl seines Herrn die Antretung der Erbschaft verweigern), und dann konnte der Substitut nicht zur Erbschaft gelangen, wenn der Sklave J., dem Befehle seines Herrn Folge leistend, die Erbschaft antrat."

daß dort der Irrthum in den Vorstellungen und Gedanken, hier in den Ausdrücken des Testators liegt. Hier ist nun favor testamentorum dahin überwiegend, daß Mängel nicht beachtet werden, so lange sie nicht die Gewißheit des Willens aufheben. Eine klare Bezeichnung ersetzt hinlänglich die mangelnde Benennung: nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur; l. 34. D. 35. 1.*) Eine falsche Bezeichnung oder Attribution schadet alsdann nicht, wenn übrigens mit Sicherheit entnommen werden kann, was der Testator wollte; l. 4. C. 6. 23. — l. 5. C. 6. 24. — l. 7. § 1. C. 6. 37. — l. 108. § 10. D. de legat. I. (30.) Ein falsches nomen appellativum schadet zwar, weil dieses sich vom Begriff der Sache nicht trennen läßt, aber ein falsches nomen proprium schadet nicht, wenn sonst der Wille des Testators unzweifelhaft ist; § 29. J. 2. 20. — l. 9. pr. D. 28. 5. — l. 4. pr. D. de legat. I. — l. 7. § 2. D. 33. 10. Dasselbe gilt von einer der Sache gegebenen irrigen Bezeichnung, wenn sonst der Wille mit Gewißheit erkannt werden kann. Benennt der Testirer sich selbst falsch, so kann dies nach l. ult. C. 6. 24. nicht mehr, wie früher exorbitanter Weise geschah, als ein unschädlicher Irrthum behandelt werden. — Einen interessanten Fall einer höchst wahrscheinlich begangenen Namensverwechselung liefert Emminghaus in Elvers allgem. jurist. Zeitg. v. J. 1830. S. 113. L. hatte zwei Schwestersöhne, J. M. Wiedemann und J. M. Weisbach. Letzterer hatte ihm mehrere Jahre lang in seiner Wirthschaft beigestanden, Ersterer nicht. Nun testirte er aber wörtlich: „J. M. Wiedemann, der mich seither in meiner Wirthschaft unterstützt hat, soll mein alleiniger Erbe seyn.“ Weisbach forderte nun die Erbschaft vom Wiedemann heraus, welcher sie auf den Grund des dem Testator vorgelesenen und von ihm unterschriebenen Testamentsprotokolls erlangt hatte. Die Bezeichnung schien hier zwar bedeutsamer, als die Benennung von Seite des altersschwachen, als Bauersmann des Gebrauchs der Zunamen ungewohnten Testirers. Das Oberappellationsgericht in Jena wies aber den Kläger aus dem Grunde ab, weil seine Klage keine facta enthalte, durch deren Beweis auch die Namensverwechselung bewiesen würde, sondern nur praesumtiones hominis darbiete, unter welchen übrigens der Umstand bedeutend war, daß der Erblasser gegen den

*) Nur darf die Bezeichnung nicht lediglich durch ein Schimpf- oder Scheltwort geschehen seyn, l. 9. § 8. D. 28. 5., ausgenommen, wenn die wirkliche Benennung vorhergegangen ist; l. 48. § 1. D. 28. 5. Die Meinung Einiger, daß diese Ausnahme nur bei Einsetzung eines Kindes des Testators gelte, widerlegt Donell. Comm. Lib. VI. c. 19. § 2. u. 3., Glück P. C. Bd. XL. S. 196., Thibaut System § 950. (Ed. 8.)

Weisbach, sowie auch gegen Andere öfters geäußert hatte, daß er seinen ganzen Nachlaß erben solle.

Zu 5) Eine solche Disposition ist nichtig, wenn der Testator blos durch diesen Irrthum zu derselben bestimmt war, was in der Regel anzunehmen ist, wovon aber eine Ausnahme gilt, wenn er die Sache, über welche er nicht disponiren konnte, einem nahen Verwandten, also einer solchen Person hinterließ, cui legaturus esset, etsi scisset, rem alienam esse; § 4. J. 2. 20. — l. 67. § 8. D. de legat. II. (31.) — l. 10. C. 6. 37.

Zu 6) Wenn die Quantität eines Legats erweislichermaßen irrig niedergeschrieben ist, so soll allerdings der erweisliche wahre Wille des Testators mehr gelten, als das Geschriebene; l. 9. § 2—4. D. 28. 5. — l. 15. pr. D. de legat. I. (30.)

C. Betrug.

Hierüber ist auf die allgemeinen Bestimmungen der Gesetze zu verweisen. Von selbst versteht es sich, daß die Disposition des Erblassers, wenn nur ein Theil derselben durch Betrug erzeugt ist, nur in Ansehung dieses Theils pro non scripto zu achten sey; Glück P. C. Bd. XXXIII. S. 431.

---

§. 3. Erforderniße der Willenserklärung und Selbstständigkeit der letztwilligen Verfügung.

Es ist hier nur die Tendenz der Römischen Gesetze im Allgemeinen aufzufassen, welche dahin geht, den letzten Willen des Menschen möglichst in Kraft zu setzen, wenn man nur seiner Absicht und Meinung gewiß seyn kann, daher Mängel des Ausdrucks nicht beachtet werden, wenn sie nicht die Gewißheit des Willens aufheben, selbst Auslassung von Worten nicht schadet, wenn man gleichwohl den Sinn verstehen kann, l. 48. § 3. l. 1. § 5. D. 28. 5. — l. 7. C. 6. 23. — l. 10. C. 6. 42., Undeutlichkeiten nur dann schaden, wenn aus dem Ausdruck des Testators gar kein sicheres Ergebniß gewonnen werden kann, l. 73. § 3. D. 50. 17., wenn dies aber irgend möglich, die Auslegung nach dem muthmaßlichen Willen vorzuziehen ist; quum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est; l. 25.

D. 34. 5. Ist dem ernannten Erben eine Benennung gegeben, welche auf Mehrere paßt, so bleibt dem um die Erbschaft sich Meldenden der Beweis offen, wen der Testator gemeint habe; s. Glück P. C. Bd. XL. § 1442. Der erweisliche Wille des Testirers geht einer fehlerhaften Scriptur vor; l. 9. § 5. u. 6. D. 28. 5. Eine Unvollständigkeit des letzten Willens ist es doch gewiß, wenn der Erblasser Jemand zum Erben mit dem Beifügen einsetzt, daß dies unter später nachfolgenden Bedingungen geschehe, und diese nirgend zu finden sind; die Erbeinsetzung wird aber dadurch doch nicht kraftlos, sondern man nimmt lieber an, daß der Testator in der Folge von den beabsichteten Bedingungen abstrahirt habe; l. 8. C. 6. 25. — l. 77. § ult. D. de legat. II. (31.) — Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 422. Durch eine gleiche Annahme wird auch nach l. 2. D. 28. 5. u. l. 36. eod die Erbeinsetzung in dem Falle aufrecht erhalten, wenn der Testator Mehrere zu Erben einsetzte mit dem Beisatz: ex partibus, quas adscripsero, diese Theilbestimmung aber nicht erfolgt ist. Nur dann wäre die Erbeinsetzung ungültig, wenn es hieße: ex his partibus, quas *adscripsi*, und es wären gleichwohl keine Theile beschrieben.

Wesentlich sind aber die Gesetze dahin gerichtet, daß man sicher sey, den eigenen, den freien, den wahren und reinen Willen des Verstorbenen zu erhalten. In dieser Beziehung sind folgende Fragen hervorzuheben:

1) Wie weit erstreckt sich die im Scto. Liboniano neben der — jedoch nach dem neueren Criminalrecht von den meisten Rechtslehrern als hinwegfallend betrachteten — poena falsi (s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 453. (60.) not. d. et aut. ibi cit.) verordnete Nichtigkeit alles dessen, was der Testamentsschreiber sich oder denen, durch welche er erwirbt, im Testament zuschreibt?
2) Bekanntlich kann die Verletzung des Scti. Liboniani geheilt werden, wenn der Erblasser selbst das gegen die Vorschrift des Sct. Geschriebene genehmigt; aber auf welche Weise muß diese Genehmigung erfolgen?
3) Ist ein letzter Wille nichtig, wenn der Entwurf dazu vom Haupterben selbst verfaßt ist?
4) Gilt ein auf Befragen eines Andern gemachtes Testament?
5) In so fern captatorische Erbeinsetzungen und Legatbestimmungen, nämlich solche, welche nicht etwa blos als Bezeugung der Dankbarkeit für eine vom Andern erhaltene

Zuwendung entspringen, s. l. 8. § 1. l. 70. l. 71. pr. D. 28. 5., sondern unter der Bedingung von mir geschehen, daß der Andere mir oder einem Dritten etwas hinterlasse, also sich auf den noch nicht erklärten letzten Willen eines Andern beziehen (cujus conditio confertur ad secretum alienae voluntatis), verboten sind, fragt es sich, ob blos die Institution des captantis oder auch die des captati ungültig ist?

6) Kann Jemand in der Art zum Erben eingesetzt oder mit einem Legat bedacht werden, daß die Wirksamkeit der Disposition von der Willkühr des Erben oder eines Dritten abhängig gemacht wird?

7) Ist einem Testament, welches der Testirer mündlich kundgibt, aber doch zugleich niederschreiben läßt, die Eigenschaft eines mündlichen oder eines schriftlichen Testaments beizulegen?

8) Schadet es der Gültigkeit des letzten Willens, wenn der in einem mündlichen Privattestament eingesetzte Erbe während des Errichtungs-Actes im Krankenzimmer gegenwärtig gewesen ist?

Zu 1) Das Verbot kann da nicht anschlagen, wo sein Grund — muthmaßliche Erbschleicherei — wegfällt, also, wenn der Schreiber selbst alleiniger Intestaterbe des Erblassers wurde, wo ihm ja seine Scriptur nichts nützen kann; l. 1. C. 9. 23.

Die Wirkung des Prohibitivgesetzes bleibt auf den testamentarius selbst beschränkt; wenn also der Testamentsschreiber cum onere restituendi honorirt ist, so gilt nur die Einsetzung des Schreibenden nicht, wohl aber die daran geknüpfte Substitution eines Dritten; l. 5. D. 34. 8. — l. 14. § 2. in f. D. 48. 10. — s. auch Kap. X. § 10. no. 3. lit. b. Nur die eigene Erwerbung des Schreibenden, geschehe sie nun unmittelbar oder mittelbar, z. B. durch einen Sklaven oder Haussohn, nicht auch irgend ein indirectes oder entfernteres Interesse wird vom Verbot getroffen. Es schadet also nichts, wenn im Testament eines Dritten der Sohn seiner Mutter, oder der Ehemann seiner Ehefrau,*)

*) Bei der deutschen ehelichen Gütergemeinschaft wäre freilich, wenn der Testator nicht ausdrücklich erklärt hatte, daß die Zuwendung nicht in die G. G. fallen solle, ein Anderes zu statuiren, als nach dem römischen Dotalsystem.

oder der Vater seinem emancipirten oder in Adoption gegebenen Sohne etwas zuschreibt, oder wenn er dem Haussohne etwas, das in das peculium castrense desselben fällt, zuschreibt; l. 11. pr. § 1. l. 17. l. 18. l. 22. § 2. D. 48. 10. Ausnahmen vom Sct. Libon. enthält l. 22. pr. D. 48. 10. — l. 1. § 8. l. 14. l. 15. § 6. eod. — l. 22. C. 6. 23. — cf. Leyser Vol. VI. Sp. 397. Med. 3. u. 4. Viel strenger ist das Sächsische Recht, denn nach der Dec. IX. de Ao. 1746. gilt in einem gerichtlich aufgenommenen Testamente alles dasjenige nicht, was der Gerichtsobrigkeit oder dem Gerichtshalter und Actuar oder deren Eheweibern oder Descendenten zugeschrieben wird;*) s. Gottschalk Disc. for. T. III. cap. 6. Von Ascendenten sagt jedoch dieses Gesetz nichts, weshalb ein Testament, in welchem der Actuar seine Mutter als Miterbin geschrieben hatte, als gültig anerkannt wurde; s. Gottschalk l. c. T. I. cap. 11. Eine umfängliche Erörterung des Sct. Libon. s. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 433. not. 2., v. Ende jurist. Abhandl. Bd. I. S. 97., wo insbesondere auch auf wechselseitige Testamente der Ehegatten die Anwendbarkeit des Libonianischen Rathschlusses nach l. 4. C. de his, qui sibi adscribunt (9. 23.) behauptet wird, obgleich andere Schriftsteller, indem sie in denselben nur einen Vertrag sehen, das Gegentheil behaupten.

Zu 2) Die allgemeine Unterschrift des Testators genügt in der Regel nicht, sondern es wird subscriptio specialis, nämlich ein ausdrücklich auf die in favorem scribentis getroffene Anordnung gerichteter Beisatz erfordert, z. B. „obige Bestimmungen habe ich durchgelesen und genehmigt," oder: „das habe ich ihm dictirt und selbst gelesen;" l. 1. § 8. D. 48. 10. — l. 15. § 1. eod. — G. L. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle Bd. I. S. 19. Dies ist auch wohl der Sinn der l. 29. D. 26. 2., s. auch v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 243. Doch soll dann, wenn einem Sohne oder Sklaven das Testament dictirt worden ist, die bloße Unterschrift des Testators genügen, l. 1. § 8. cit. — Schweppe röm. Privatr. Th. V. § 792., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 453. (60.), nicht aber auch, wenn dem Sklaven eines Andern ein Legat für seinen Herrn dictirt worden ist; l. 15. § 1. D. 48. 10.; vergl. jedoch v. Vangerow l. c. § 434. Anm. 2. no. 6.

---

*) Doch versteht sich dieses nur von einem gerichtlich aufgenommenen und nicht auch von einem blos gerichtlich übergebenen Testament; Günther Prog. zu Hoppe's D. de anticip. Lips. 1839. Quaest. jur. Sax. ad Dec. IX.



Zu 3) Man kann eine Nichtigkeit nur dann behaupten, wenn die Vorlage des Entwurfs mit Umständen begleitet war, welche eine Ueberlistung indiciren; dann läge aber der Nichtigkeitsgrund nicht im Niederschreiben des Entwurfs an sich, sondern in dem damit verbundenen Betrug; s. v. Hohnhorst Jahrbücher des Großherzogl. Badenschen Oberhofgerichts in Mannheim Bd. I. S. 289., Hommel Rhaps. Vol. IV. Qu. 570.

Zu 4) Dieser Fall tritt gewöhnlich dann ein, wenn der Testirende sich in einem Zustande körperlicher Infirmität befindet, welcher ihn an einem zusammenhängenden Vortrage hindert, so daß er nur mit einzelnen Worten, in abgebrochenen Sätzen seine Gedanken ausdrücken, wohl gar nur andeuten kann, wodurch sich dann der Testamentsschreiber oder der Gerichtscommissär in die Nothwendigkeit versetzt sieht, durch Fragen sich zu überzeugen, ob er die Meinung des Testirers wirklich erfaßt habe. Gmelin und Elsässer's gemeinnützige Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. V. S. 118. liefern ein paar interessante Beispiele von Testamenten, welche auf solche Art zu Stande gebracht und von einer Juristenfacultät für gültig, von zwei anderen aber für ungültig erkannt wurden. So geradezu läßt sich wohl nicht mit Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 310. und Leyser Spec. 375. Med. 14. behaupten: testamentum ad solam interrogationem alterius conditum non valet, besonders wenn der Fragende weder ein entferntes Interesse hat, noch eine solche Person ist, gegen welche metus reverentialis obwaltet, oder welche sonst suspect ist. Nach l. 29. C. 6. 23. ist nur derjenige, welcher keine articulirten Töne von sich geben kann, testirunfähig, und l. 15. eod. sagt: es bedarf keiner feierlichen Worte, wenn eben eine bereits halberstorbene und stotternde Zunge sie herausstößt; cf. § 3. J. 2. 12. — Stryck de cautel. test. cap. IV. § 34. Auch schadet es einem schriftlichen Testamente nicht, daß durch ausgelassene Worte der Zusammenhang gestört ist, wenn man den Sinn demungeachtet finden kann; l. 1. § 5. D. 28. 5. — l. 7. C. 6. 23. — l. 10. C. 6. 42. Das Meiste wird daher immer dem vernünftigen Ermessen überlassen bleiben müssen; wenn aber keine Verdachtsgründe hinzutreten, so darf gewiß angenommen werden, daß auch ein abgefragter letzter Wille gültig ist, wenn nur die Selbstthätigkeit des Testirers dabei nicht aufgehoben gewesen ist; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 790., Manz de testamento valido et invalido tit. 3. qu. 3. no. 3., Geiger u. Glück Rechtsfälle Bd. III. no. 42. § 13. u. 14., Glück P. E. Bd. XXXIV. S. 23 rc., Hofacker Princ. jur. civ. § 1267., Faber Err. Pragm. Dec. 69. Err. 1. u. 2., womit übereinstimmt

ein Erk. des O. A. G. in München in Seuffert's Archiv Bd. III. H. 2. S. 205.

Zu 5) Es war früher allgemein angenommen, daß die Disposition des captatus einer Nullität nicht unterliege, bis Bynkershoeck Opusc. T. II. cap. 10. sie angriff, gegen welchen aber Thibaut in seinen Versuchen Thl. I. no. 4. der früheren Ansicht wieder Geltung verschaffte, welche man nun in den meisten Lehrbüchern findet; s. Schweppe l. c. Bd. V. § 797., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 459. (77.), Seuffert l. c. Bd. III. § 536., Sell Versuche Bd. II. S. 308. Dagegen nimmt Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. § 648. not. 9. und in Glück P. C. Bd. XL. S. 221. die Bynkershoeck'sche Meinung wieder in Schutz, welche sich vorzüglich auf die Betrachtung gründet, daß sonst der Betrüger ungeachtet des gesetzlichen Verbots gewinnen und das Gesetz auf solche Weise seiner Kraft größtentheils beraubt würde, welche, wie bei allen Prohibitivgesetzen, gerade darin liegen müsse, dem Zuwiderhandelnden die Aussicht auf den durch die verbotswidrige Handlung zu erlangenden Vortheil zu verschließen. Auch könne nicht eingewendet werden, daß ja eine Disposition zu Gunsten einer Person, welche mich zuvor bedacht hat, gesetzlich erlaubt sey, denn dies gelte blos von einer puren, aber nicht von einer bedingten captatorischen Einsetzung. — Die stärkeren Gründe sind aber doch wohl auf der entgegengesetzten Seite, auf welche neuerlich auch Puchta im Lehrb. § 468. not. c., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 402., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 434. II. 4. getreten ist; denn kein Gesetz bedroht die Verfügung des Captirten mit Nichtigkeit, kann es auch nicht, weil man nicht absolut wissen kann, ob deren Motiv in der des Captirenden lag, welche ihm sogar unbekannt seyn konnte, und im Allgemeinen kann auch der s. g. captatus nicht für einen Betrogenen angesehen werden, da er wissen mußte, daß Niemand durch die Verheißung seiner eigenen Erbschaft verpflichtet sey, das Versprechen zu erfüllen; l. 34. C. 2. 4. Mithin kann die Disposition des captatus nur dann dem captans keinen Vortheil bringen, wenn in concreto erweislich ist, daß er wirklich captirt war, nämlich daß er durch die captatorische Bedingung, welche er für gültig hielt, zu seiner Disposition bestimmt worden ist; s. Schweppe l. c., v. Wening-Ingenheim l. c., v. Vangerow l. c., Thibaut Vers. Thl. I. S. 74. Daß aber in diesem Falle das dem captans hinterlassene ihm als indignus vom Fiscus entzogen werde, wie Roßhirt, Mühlenbruch in Glück's P. C. Bd. XL. S. 227., Schweppe und v. Wening-Ingenheim l. c. annehmen, ist wohl, da kein Gesetz diesen Fall unter die

Indignitätsfälle aufgenommen hat, und singuläre Bestimmungen keine analoge Ausdehnung zulassen, eine unhaltbare Meinung, vielmehr hat besonders v. Vangerow l. c. § 434. II. 4. u. § 431. not. 3. einleuchtend gezeigt, daß hier nur die allgemeine Folge des Betrugs, nämlich Nichtigkeit der Disposition, eintreten könne.*) Damit stimmt überein Sell l. c. S. 309., Fritz in s. Ausg. v. Wening-Ingenheim's Lehrb. § 459. not. a., Thibaut l. c.

Zu 6) Man muß hier zuvörderst zwischen Willkühr und verständigem Ermessen (arbitrium boni viri) unterscheiden. Von letzterem können letztwillige Dispositionen unbedenklich abhängig gemacht werden; l. 11. § 7. D. de legat. III. (32.) — l. 46. § 3. D. 40. 5. — l. 75. pr. D. de legat. I. (30.) Nebenbestimmungen können sogar in das Belieben des Erben gestellt werden; l. 46. § 4. u. 5. D. 40. 5. — l. 24. D. de legat. II. (31.) — l. 7. § 1. D. 34. 5. — l. 110. D. de legat. I. (30.) Daß aber die Hauptbestimmung, nämlich ob Jemand eine Erbschaft oder ein Legat erhalten solle, nicht in die bloße Willkühr des Erben oder eines Dritten gestellt werden könne, leuchtet von selbst ein, denn da hätte man ja gar keinen letzten Willen des Verstorbenen; l. 32. pr. l. 68. D. 28. 5. — l. 11. § 7. D. de legat. III. (32.) — l. 46. § 3. D. 40. 5. — l. 52. D. 35. 1. Doch machen die römischen Gesetze hier eine Modification: in arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest, nämlich ein Legat kann in so fern von der Willkühr eines Andern abhängig werden, als eine äußere Thatsache zur Bedingung gemacht wird, die in der Willkühr desselben steht, z. B. Si Titius in Capitolium ascenderit; s. hierüber vorzüglich Schrader's Abhandl. aus dem Civilr. Bd. I. S. 44., Neustetel im civilist. Archiv Bd. III. S. 94., Gans Erbrecht Bd. II. S. 158., Francke das Recht der Notherben S. 66. not. 23., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 433. not. 2., Glück P. E. Bd. XXXIII. § 1406. und die dort angeführte Literatur. Eine Honorirung kann auch von einer willkührlichen Handlung des Onerirten — dem Erfolge nach also zu dessen Strafe, wäre diese auch nicht gerade beabsichtigt — abhängig gemacht werden; l. 23. § 2. l. 68. D. 28. 5. — l. 52. D. 35. 1. Im älteren römischen Recht war zwar ein legatum poenae nomine relictum unstatthaft, im neuesten R. R. aber ist es zugelassen; § 36. J. 2. 20. — l. un. C. 6. 41.; vergl. D. 34. 6. Sehr bestritten ist, ob nicht die Grundsätze des R. R. durch c. 13. X. de testam. (3. 26.) überhaupt aufgehoben seyen, verb.: qui extremam

---

*) l. 1. pr. D. 29. 6. spricht nämlich blos vom captans.

voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus. Glück hat zuerst in Opusc. Fasc. I. pag. 238. darzuthun sich bemüht, daß diese Decretale, welche das Stück eines instructiven Schreibens des Pabstes Innocenz III. an den Bischof von Auxerre ist, sich nur auf ein jus singulare der Geistlichkeit beziehe, bei welcher sich im Mittelaltr eine anerkannte Gewohnheit gebildet hatte, durch manufideles über ihren Nachlaß verfügen zu lassen, und daß der Pabst durch die Aufnahme dieses Schreibens in die Decretalen nicht das gemeine Recht habe aufheben wollen. Diese Meinung wurde vorzüglich von Schrader l. c. S. 71. angegriffen, welchem sofort mehrere Lehrbücher gefolgt sind, z. B. v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 454. (61.), s. auch Roßhirt von Vermächtnissen Bd. I. S. 318., Neustetel im civilist. Archiv Bd. III. S. 100. Glück hat dagegen die seinige wieder vertheidigt im P. C. Bd. XXXIII. § 1406 a. und Bd. XXXIV. § 1406 b. Unentschieden ist Thibaut System § 951., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. § 644. Glück's Ausführung rechtfertigt auch v. Vangerow l. c. § 432., indem sich für Laien eine solche Gewohnheit durchaus nicht nachweisen lasse, welche sich für Geistliche durch Stiftsstatuten und Concilien im Mittelalter gebildet hatte, und etwas Aehnliches nur dann vorkomme, wenn dieselben ad pias causas testirt hatten, wo in Ermangelung näherer Bestimmungen die Bischöfe als Executoren des letzten Willens das Nähere anordneten. Diese Meinung scheint sowohl die Wahrheit als das Uebergewicht für sich zu haben; s. Höpfner Institt. Comm. § 488. not. 5., Schweppe röm. Privatr. Thl. V. § 800., G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. Abthl. 2. no. 145., Günther Princ. jur. Rom. § 728., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 28. tit. 5. § 11., J. H. Boehmer J. E. Pr. T. II. Lib. 3. tit. 26. § 50. u. A. m.

Zu 7) Sind in diesem Falle die Förmlichkeiten der einen, aber nicht der anderen Testirweise beobachtet, so muß, wenn der Testator nicht ausdrücklich erklärt hat, nur in der einen von beiden Formen testiren zu wollen, das Testament in derjenigen Form gelten, in welcher es am besten zu Recht bestehen kann; l. 3. D. 29. 1. — Glück P. C. Bd. XXXIII. § 1401. Bd. XXXV. § 1418., Erk. des O. A. G. in Oldenburg in Seuffert's Archiv Bd. VII. H. 2. S. 233., Hofacker Princ. jur. civ. § 1270., Schweppe röm. Privatr. § 817., Cons. Tubing. Vol. II. Cons. 76. no. 19.

Zu 8) Daß dieser Umstand der Gültigkeit des Testaments nicht schade, ist umfänglich ausgeführt in Strippelmann's Erk. des O. A. G. in Cassel Bd. IV. H. 1. S. 245. 255. 277. u. 279.

§ 4. Von Nebenbestimmungen.

Conditio. *)

Dig. XXVIII. 7. de conditionibus institutionum. Dig. XXXV. 1. de conditionibus et demonstrationibus etc. Cod. VI. 25. de institutionibus et substitutionibus sub conditione factis. Cod. VI. 46. de conditionibus insertis tam legatis quam fideicommissis et libertatibus. Cod. VI. 45. de his, quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur.

1) In so fern nach den gesetzlichen Vorschriften eine unmögliche Bedingung in Testamenten pro non scripta zu achten ist, entsteht die Frage, nach welchem Zeitpunkt der Charakter der Unmöglichkeit zu bemessen ist, ob nach dem der Testamentserrichtung oder des Erb- und Legatanfalls?
2) In wie fern ist einer relativ-unmöglichen Bedingung in einem Testament dieselbe rechtliche Folge zuzuschreiben, wie der positiv unmöglichen?
3) Was für eine Wirkung hat die einer Erbeinsetzung oder einem Vermächtniß beigesetzte Resolutivbedingung?
4) Wenn zur Bedingung gemacht ist, daß Jemand Kinder erhalte, kann diese Bedingung durch adoptirte Kinder für erfüllt angenommen, und können auch uneheliche Kinder zugelassen werden?
5) Was gilt in dem Falle, wenn das Unmögliche der Bedingung blos in der zu enge gesetzten Zeit der Erfüllung liegt?

---

*) S. hierüber Bd. I. S. 358. ff. u. 369. Fr. 18. Beizufügen ist noch, daß in Testamenten aus der präsumtiven Absicht des Testators Manches als stillschweigende Bedingung angenommen wird. Beispiele hiervon s. l. 102. D. 35. 1. — l. 6. C. 6. 25. — l. 30. C. 6. 42. — l. 10. D. de leg. III. (32.) Ist Jemand unter Bedingungen zum Erben eingesetzt, und sind ihm auch Prälegate ausgesetzt, so werden diese für eben so bedingt angesehen; l. 18. § 1. D. 28. 7. — l. 77. D. 35. 1. — l. 17. § 3. D. 44. 4. Folgen im Testament mehrere durch Verbindungswörter vereinigte Dispositionen auf einander, so wird die Bedingung der ersten auch auf die folgenden bezogen, l. 63. D. de leg. III. — l. 108. D. 35. 1., wobei indessen nach Umständen angemessene Auslegung nicht ausgeschlossen werden mag; Schweppe röm. Privatrecht Thl. V. § 794. Gleiches gilt von der im Testament für die darin verordneten Legate bestimmten Frist in Ansehung der später verordneten; l. 30. pr. § 7. l. 31. D. de leg. I. (30.) Von der Bedingung, Kinder zu erhalten, wird man durch das solenne Gelübde der Keuschheit unter Bestimmung des Vermögens ad pias causas befreit; l. 53. § 2. C. 1. 3.

6) **Was ist die rechtliche Folge, wenn im Testament mit einer zulässigen Bedingung eine verwerfliche alternativ oder cumulativ cumulirt ist?**

7) Wenn Jemandem ein Legat unter der Bedingung, etwas nicht zu thun, ausgesetzt ist, so haben die Gesetze, damit ein solches Legat noch bei Lebzeiten des Legatars ausgerichtet werden kann, obgleich die Bedingung, wenn die Uebertretung das ganze Leben des Honorirten hindurch möglich ist, erst mit seinem Tode vollständig erfüllt erscheinen kann, durch die cautio Muciana gesorgt, welche der Legatar dem Erben für die zur Bedingung gemachte Unterlassung leistet, und durch deren Leistung er den Besitz des Vermächtnisses sogleich erhält; l. 72. § 2. l. 73. l. 77. § 2. l. 101. § 3. l. 106. D. 35. 1. — l. 65. § 1. D. 36. 1. Eben so leistet derjenige, welcher unter einer negativen potestativen Bedingung zum Erben eingesetzt ist, den Miterben Caution; wie aber dann, wenn er Alleinerbe ist? muß dann die Caution dem etwaigen Substituten, oder, wenn es auch an einem solchen fehlt, auch den Intestaterben geleistet werden?

Ueber die Frage: was Rechtens sey, wenn eine Handlung oder ein Ereigniß, woran die testamentarische Zuwendung bedingt ist, zur Zeit der Testamentserrichtung schon erfolgt war? ob die Erfüllung der Bedingung noch von den Erben des inzwischen verstorbenen bedingt Honorirten angenommen werden müsse? u. a. m., s. Bd. I. S. 361. Fr. 3.

8) Welche rechtliche Wirkung hat es, wenn in einem Testament eine Disposition mehrmals vorkommt, einmal unbedingt, das anderemal bedingt, oder unter verschiedenen Bedingungen, und zwar: a) bei Erbeinsetzungen, b) bei Vermächtnissen?

9) Ist der den letztwilligen Zuwendungen beigefügten clausula privatoria unbedingte Wirksamkeit beizulegen?

Vom testamentarischen Veräußerungsverbot s. oben Kap. II. § 7. Fr. 7. S. 191.

Zu 1) Diese Streitfrage, welche alsdann erwächst, wenn eine zur Zeit der Testamentserrichtung mögliche Bedingung in der Folge unmöglich oder eine dortmals unmögliche später möglich wird, läßt sich gewiß am richtigsten durch Beseitigung der schwankenden Begriffe von Bedin-

gungen lösen. Man muß nämlich gemäß l. 83. § 5. D. 45. 1. ea duntaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem, den Begriff unmöglicher Bedingungen auf solche fixiren, welche den Grund ihrer Unmöglichkeit absolut in sich selbst tragen, und deren Unmöglichkeit dem Testirer erkennbar seyn mußte, die Unmöglichkeit mag nun aus unveränderlichen factischen Verhältnissen oder aus Rechtsgesetzen entspringen. Was aber nur unter äußeren vom Wechsel der Zeit abhängigen Umständen unmöglich ist, fällt nicht unter den Begriff unmöglicher Bedingungen, wenn nur die Voraussetzung des Möglichwerdens nicht eine ganz unwahrscheinliche und ungewöhnliche ist; vergl. v. Savigny System des röm. Rechts Bd. III. S. 166., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 434. Anm. I. 2. b. Hiernach beseitigen sich die Zweifel über den Einfluß einer Bedingung, deren Unmöglichkeit eine vorübergehende ist; denn bezieht man diese transitorische Beschaffenheit auf äußere Verhältnisse wandelbarer Art, so ist es überhaupt keine unmögliche Bedingung; bezieht man sie aber auf die Veränderlichkeit der Gesetzgebung, vermöge deren etwas zu einer Zeit rechtlich möglich seyn kann, was zu einer andern rechtlich unmöglich ist, so muß man zugestehen, daß eine künftige Veränderung der Gesetzgebung nicht in Betracht kommen könne, weil eine Willenshandlung nicht von zwei entgegengesetzten Regeln zugleich regiert werden kann, weshalb auch ein Gesetz nie zurückwirkt, und l. 137. § 6. D. 45. 1. bestimmt ausspricht; nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri; non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio. Hiernach ist die in Bd. I. S. 365. Fr. 9. angeführte Meinung Sell's in seinen Versuchen Bd. II. S. 57 ꝛc., welcher den Zeitpunkt des Todes des Erblassers als entscheidend annimmt, was aber schon mit der Catonianischen Regel unvereinbarlich wäre, zu berichtigen. Darüber ist übrigens kein Zweifel, daß eine zur Zeit der Testamentserrichtung mögliche Bedingung, wenn sie in der Folge unmöglich wird, als deficirend zu behandeln ist; l. 72. § 4. D. 35. 1. — l. 39. § 4. D. 40. 7.

Zu 2) Die positiv unmögliche Bedingung wird ohne Zweifel deswegen für nicht beigefügt erachtet, weil sie so widersinnig ist, als wenn Jemand in einem Odem sagte: ich will das und ich will es nicht. Die relativ unmögliche Bedingung (conditio per suppositionem vel per accidens impossibilis oder auch secundum quid impossibilis) scheint eben so behandelt werden zu müssen, wenn die concrete Unmöglichkeit dem Testator erkennbar war. Indessen ist es bestritten, ob schon

das Vorhandenseyn der relativen Unmöglichkeit zur Zeit der Testamentserrichtung hierzu genüge, oder ob noch weiter erfordert werde, daß sie dem Testator wirklich bekannt gewesen sey? Letzteres behauptet Weber in Höpfner's Comm. § 491. not. 3., Thibaut System § 954., Seuffert Lehrb. § 536., das Gegentheil Sell l. c. S. 79. und S. 199—213., v. Vangerow l. c. § 434. Anm. I. 2. a. In den Gesetzen findet sich das letztere Requisit nicht gerade ausgedrückt; die Hauptstellen handeln indessen von Unmöglichkeiten, welche dem Testator nicht unbekannt seyn konnten, s. l. 72. § 7. D. 35. 1. — l. 45. D. 28. 5. — l. 4. § 1. l. 20. pr. D. 28. 7. — l. 104. § 1. D. de legat. I. (30.); auch ist wohl l. 6. § 1. D. 35. 1. hierher zu zählen, s. Sell Versuche Bd. II. S. 205.; auch führt sie v. Savigny l. c. Bd. III. S. 163. als Beleg für den Satz auf, daß eine schon vor Abfassung des Testaments vereitelte Bedingung, auch wenn der Testator dies nicht wußte, der unmöglichen gleich, folglich als nicht geschrieben zu behandeln ist. Allerdings fällt dem Testator eine grobe Nachlässigkeit zur Last, wenn er um Thatumstände unbekümmert war, von welchen die Möglichkeit, seinen letzten Willen zu realisiren, abhing, und schrieb er leichtsinnig eine solche Bedingung hin, deren Unmöglichkeit er zur Kenntniß bringen konnte, so stellte er sich aus eigener Schuld unter die rechtlichen Folgen unmöglicher Bedingungen. Konnte hingegen eine Bedingung weder in abstracto noch in concreto für unmöglich angesehen werden, so wird durch ihr Ausbleiben oder durch ihre Nichterfüllung die Disposition immer vernichtet. Doch gilt dies streng genommen nur von casuellen Bedingungen, denn bei potestativen und gemischten Bedingungen, deren Erfüllung dem damit Belasteten ohne alle seine Schuld erst nach Errichtung des Testaments, durch unvoraussichtliche Zufälle unmöglich gemacht worden ist, tritt häufig nach den Gesetzen benigna interpretatio ein, wie schon in Bd. I. S. 380. Fr. 14. bemerkt wurde; vergl. Sell Versuche Bd. II. § 55. — l. 20. pr. D. 33. 1. — l. 13. § 1. D. 34. 6. — l. 1. C. 6. 37. — l. 4. l. 18. D. 29. 2. — l. 54. § 2. D. de legat. I. — l. 8. § 7. D. 28. 7. — l. 84. D. 35. 1.

Zu 3) Daß bei Vermächtnissen die Resolutivbedingung ihre gewöhnliche Wirkung hat, ist allgemein anerkannt, und eben so ausgemacht war es auch in Doctrin und Praxis, daß eine Erbeinsetzung gar nicht an eine Resolutivbedingung geknüpft werden dürfe. Gleichwohl wurde dies von neueren Rechtsgelehrten widersprochen, und dagegen behauptet, eine Resolutivbedingung müsse als umgekehrte Suspensivbedingung behandelt

und so der Wille des Testators aufrecht erhalten werden; *) s. Schweppe röm. Privatr. Thl. V. § 794., v. Wening-Ingenheim im civil. Archiv Bd. I. no. 9., Zimmern das. Bd. VII. no. 7. Diese Meinung, welche sich auf das gesetzliche Princip, die Testamente, so viel nur immer möglich ist, bei Kräften zu erhalten, und darauf, daß bedingte Erbeinsetzungen im Allgemeinen gesetzlich gestattet sind, l. 104. D. 35. 1., stützt, wogegen auch § 9. J. 2. 14. nichts entscheiden könne, weil da nur Erbeinsetzung ad certum tempus ausgeschlossen sey: heres pure et sub conditione institui potest, ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, ist gleichwohl durch überwiegende Gründe widerlegt, weil sie mit dem absoluten Grundsatze: semel heres semper heres durchaus nicht bestehen kann, und diesen muß die Gesetzgebung nothwendig festhalten, weil die rechtliche Rücksicht auf die Gläubiger keine Ungewißheit darüber, wer eigentlich Erbe sey, gestattet, daher die Stabilität des Erben ein unerläßliches Postulat an eine vernünftige Gesetzgebung ist, l. 88. D. 28. 5., wovon nach l. 15. § 4. D. 29. 1. nur das Soldatenprivilegium eine Ausnahme macht, s. Thibaut im civil. Archiv Bd. V. no. 13. Bd. VII. no. 19., Sell Versuche Bd. II. S. 254., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 434. not. 1., womit auch die meisten Lehrbücher, z. B. Mühlenbruch, Mackeldey, Fritz in seiner Ausg. des Wening'schen Lehrb., Puchta u. A. m. übereinstimmen; s. auch Francke Recht des Notherben S. 45., v. Hartitzsch Erbrecht § 381., Hunger Erbrecht § 80.

Zu 4) Verneinend entscheidet in Ansehung adoptirter Kinder l. 51. § 1. D. de legat. II. (31.) — l. 76. D. 35. 1. — Voet Comm. ad Pand. Lib. 36. tit. 1. § 13—16., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 454. (65.) Ob uneheliche für eheliche Kinder dabei eintreten können, soll nach dem Sinne des Disponenten und den Umständen beurtheilt werden; l. 11. D. 28. 8.

Zu 5) l. 12. § 1. D. de legat. I. (30.) entscheidet folgenden Fall: „wenn Jemand in seinem Testamente, das er zu Rom auf dem Sterbebette gemacht hat, seinem Erben auferlegte, Sklaven, die er zu Gades hatte, 3 Tage nach seinem Tode mir zu geben, so ist das Ver-

*) Z. B. der Testator sagte: „ich setze meinen Vetter S. zum Universalerben ein, jedoch nur bedingt bis zum Ausgang des über meinen Bruder verhängten peinlichen Processes, welcher, wenn er für unschuldig erklärt wird, mein ganzes Vermögen als einziger Erbe haben soll." Dies soll nun so genommen werden, als hätte der Testator gesagt: ich setze den S. unter der Bedingung ein, wenn mein Bruder nicht für unschuldig erklärt wird; außerdem soll dieser, mein Bruder, Universalerbe seyn.

mächtniß gültig, und die Kürze der Zeit thut demselben keinen Eintrag." Die l. 6. D. 28. 7. entscheidet einen ähnlichen Fall: si quis ita institutus sit, „si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset," cum monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit, conditionem evanescere quasi impossibilem. Beide Fälle sind nur in so fern verschieden, daß der erste ein Legat unter einer Zeitbestimmung, der zweite eine Erbeinsetzung unter einer Zeitbedingung, welche unmöglich ist, enthält; aber da wie dort bewährt sich die Regel: daß durch Beifügung irgend einer unmöglichen Aufgabe nicht die Einsetzung selbst wegfällt, sondern nur das, was der Möglichkeit widerspricht, also dort die Zeitbestimmung, hier die Zeitbedingung; Puchta Lehrb. der Pand. § 468., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 360.

Zu 6) Ist sie alternativ cumulirt, so braucht der Honorirte keine von beiden zu erfüllen, l. 8. § 5. D. 28. 7.; ist sie cumulativ verbunden, so muß die zulässige Bedingung erfüllt werden; l. 8. § 4. eod.

Zu 7) Daß dem substituirten Erben die Caution geleistet werden müsse, ist gegen Donell. Comm. T. VIII. c. 33. § 21. u. Thibaut System § 954., welche sie blos einem Miterben geleistet wissen wollen, fast von Allen anerkannt, s. Roßhirt von Vermächtnissen Bd. I. S. 382.; wenn aber Manche, s. z. B. Arndts Beitr. zu verschiedenen Lehren d. Civilr. u. Civilproc. Bd. I. S. 183., Mühlenbruch Lehrb. § 650. not. 3., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. S. 155., auch Intestaterben desfalls Caution zu fordern berechtigt halten, und zwar besonders wegen Nov. 22. c. 44. § 9. (denn die gleichfalls dafür angezogene l. 18. D. 35. 1. berührt diesen Fall gar nicht), so wird man aus den besonders von v. Vangerow ausgeführten Gründen — s. Pand. Bd. II. § 436. — Bedenken tragen müssen, hierin beizustimmen, denn die Nov. 22. c. 44. fordert nur für einen besonderen Fall, nämlich bei der conditio viduitatis, die Leistung der Caution an die Intestaterben; im Allgemeinen aber ist nach l. 4. § 1. l. 20. D. 28. 7. anzunehmen, daß, wenn weiter kein testamentarischer Erbe vorhanden ist, welchem Caution geleistet werden kann, die Bedingung als eine unmögliche wegfalle. Die Bestimmung der l. 18. D. 35. 1., wonach die cautio Muciana demjenigen zu leisten ist, ad quem jure civili, deficiente cautione, id legatum eave hereditas pertinere potest, scheint daher nicht auf Intestaterben ausgedehnt werden zu können, weil, so lange es nicht entschieden ist, daß die Testamentserbfolge wegfällt, Niemand als nächster Intestaterbe rechtlich in Betracht kommen kann; l. 39. D. 29. 2. — l. 8. C. 6. 59., vergl. l. 2. § 6. l. 5.

D. 38. 16. Ueber mehrere einschlagende Fragen s. Zimmern Comm. de Muciana cautione. Heidelb. 1818., Höpfner's Instit. Comm. § 491., wo gegen Becmann und Büchner dargethan wird, daß die Mucianische Caution bei affirmativen Bedingungen durchaus nicht, sondern nur bei potestativen negativen Bedingungen stattfinde. Wenn aber Höpfner weiter argumentirt: weil diese Caution nur bei solchen Bedingungen potestativ-negativer Art stattfindet, quae non nisi morte eorum, quibus aliquid relinquitur, finiuntur, so finde sie dann nicht Statt, wenn es schon bei Lebzeiten des bedingt Honorirten gewiß werden kann, daß er das nicht thun könne, was er unterlassen soll; z. B. wenn die testatrix gesagt hat: ich vermache meiner Schwiegertochter 1000 Thlr. unter der Bedingung, daß sie sich von ihrem Manne nicht scheide, so falle die Caution weg, weil ja der Mann eher sterben könne, als die Frau, wo es demnach schon bei Lebzeiten der Honorirten gewiß werden kann, daß sie sich nicht von ihrem Manne scheiden werde, ergo haec conditio ante mortem legatarii finiri potest, so möchte sich dies mit Grund bezweifeln lassen, denn der Sinn der Bedingung kann doch wohl nur der seyn: die Frau lasse sich nicht scheiden bis zum Tode, und es ist dann gleichviel, auf welcher Seite sich der Tod ereignet; l. 67. D. 35. 1.

Zu 8) Nach der herrschenden Lehre ist anzunehmen:

a) bei Erbeinsetzungen absorbirt die unbedingte als die plenior die bedingte, und die mehreren Bedingungen werden als alternativ beigefügt angenommen; l. 27. § 1. 2. l. 67. D. 28. 5. — l. 17. D. 28. 7.;

b) bei Vermächtnissen nimmt man stets die letzte Disposition als die gültige an; l. 12. § 3. D. de legat. I. (30.) — l. 40. § 2. l. 87. l. 89. D. 35. 1. — Schweppe röm. Privatr. Thl. V. § 794., v. Vangerow l. c. § 434. Eigenthümliche Ansichten über alternative Bedingungen hat Huschke in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 375 ꝛc. aufgestellt und in Bd. XV. S. 237 ꝛc. verfolgt, s. dagegen Arndts ebendas. Bd. XIII. S. 293. Bd. XIX. S. 355., v. Vangerow in Richter's u. Schneider's kritisch. Jahrbüchern Bd. III. S. 571., Mayer im Erbrecht Bd. I. S. 56.

Zu 9) Die Clausel, vermöge welcher diejenigen, welche vom Testator als Erben oder Legatare bedacht sind, das ihnen Hinterlassene verlieren sollen, wenn sie seinem Willen nicht entsprechen, insbesondere gegen das Testament Streit erheben, sollte nach der Meinung mehrerer, namentlich älterer Juristen im Fall eines gerechten Streites keine Kraft haben;

s. Voet Comm. Lib. 34. tit. 6. no. 3., Kind Qu. for. T. I. c. 62., Müller Promt. jur. T. I. pag. 619. Allein schon Averanius in Interpret. jur. T. I. pag. 29. hat darauf aufmerksam gemacht, daß der vom Testator gesetzte Verlust nichts mit dem in den Gesetzen angedrohten gemein habe, und daß es sich bei Ersterem blos um die Willensmeinung des Testirers handle, welche, sofern sie den Gesetzen nicht zuwiderläuft, zum Vollzug zu bringen ist. Diese Meinung ist auch gemäß l. un. C. 6. 41. von den meisten neueren Rechtsgelehrten angenommen; s. Geiger und Glück Rechtsfälle Bd. III. S. 50., Puchta Vorlesungen Bd. II. S. 392., Seuffert Pand. Bd. III. § 275., Schweppe röm. Privatr. Thl. V. § 945., Erk. d. O. A. G. in München in Seuffert's Archiv Bd. III. H. 2. S. 209.

Modus.

1) Berechtigt der im Testament gebrauchte Ausdruck „Bedingung" den Richter, ohne Weiteres eine wirkliche Bedingung anzunehmen, oder muß er dessen ungeachtet die Entscheidung nach dem wesentlichen Unterschied und den Kennzeichen des modus und der conditio bemessen?

2) Ein Testator verordnete: a te peto, Titi, fideique tuae committo, uti curam condendi corporis mei suscipias, et pro hoc tot aureos e medio praecipito. Titius besorgte nun das Begräbniß, ohne die angewiesene Anzahl Goldstücke ganz zu verbrauchen; gehört nun der Ueberschuß dem Titius, oder muß er ihn dem Erben abliefern?

3) A. vermacht seines Bruders Kindern 36,000 Fl., mit dem Befehl, daß die Zinsen bis zu deren Großjährigkeit zu Kapital angelegt werden sollen. Die Mutter derselben sieht sich späterhin durch Vermögensverluste außer Stand, die Kinder zu erhalten und auszubilden, und verlangt deswegen die Interessen zu diesem Zwecke; darf diesem Begehren entsprochen werden? Ist die Vorschrift des Testirers als ein modus oder als nudum praeceptum anzusehen?

Mehreres s. Bd. I. S. 386.

Zu 1) Der deutsche Sprachgebrauch ist zu schwankend hierin, um ihn als entscheidend annehmen zu können; z. B. M. vermachte den

Kindern des N. 500 Louisdors, „mit der Bedingung jedoch, daß sie den Namen M. zu dem Ihrigen nehmen und führen."

Gewiß wurde hier mit Recht nicht eine conditio, sondern ein modus angenommen; s. Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. I. S. 24.

Zu 2) Die l. 88. § 1. D. de legat. II. (31.) erkennt in dieser Disposition nicht sowohl ein legatum sub modo, als vielmehr einen simplen Auftrag, und deshalb den Beauftragten verbunden, den Ueberschuß den Erben abzuliefern.

Zu 3) Linde in s. Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß Bd. V. no. 18. nimmt an, daß jede Auflage an den Empfänger, welche nicht conditio im eigentlichen Sinne und nicht eine eigentliche datio ob causam ist und Jenen zu irgend einem Thun oder Lassen anweist, als modus zu betrachten sey, l. 4. § 1. D. 8. 1., daß aber in dem vorliegenden Falle, wo an der Erfüllung des modus kein Dritter ein Interesse hat, die Erfüllung oder Nichterfüllung vom Verpflichteten abhänge und einem nudo praecepto gleichstehe, bezüglich l. 71. pr. D. 35. 1. — l. 13. § 2. D. 24. 1. — Thibaut System § 130., weshalb der mehrmals abgewiesenen Mutter zuletzt unter der Voraussetzung willfahrt wurde, daß die mit dem Legat bedachten lebenden Kinder resp. deren Vormünder in die Verwendung der Zinsen aus den 36,000 Fl., in so weit sie zu deren Erhaltung und Erziehung nöthig, einwilligen, und für allenfallsige postumos genügende Sicherheit vorhanden sey.

Zeitbestimmungen.

Nächst den allgemeinen Grundsätzen (vergl. Bd. I. von Zeitbestimmungen S. 389.), daß

a) bei Erbeinsetzungen ein dies certus a quo vel ad quem keine Wirkung hat, § 9. J. 2. 14., sondern die Erbschaft ohne Aufschub und ohne Beschränkung der Dauer gilt, dies incertus aber als conditio wirkt,*) s. Braun Erörter. zu Thibaut § 805. gegen Schömann's Handb. Bd. I. S. 362.;

b) bei Legaten hingegen ein dies certus nicht die Erwerbung, folglich auch nicht die Transmissibilität, sondern nur das Klagrecht aufschiebt, l. 5. pr. D. 36. 2. — l. 49. § 1—3. D. de legat. l. (30.); ein dies incertus aber, es sey nun

*) l. 38. pr. D. 28. 5. — l. 9. C. 6. 24. — l. 75. D. 35. 1. — l. 4. pr. l. 21. D. 36. 2. Mehreres hierüber s. Kap. X. § 2. zu Fr. 1.

an vel quando, als Bedingung gilt, ausgenommen, wenn der eigene Todestag des Honorirten als Zeitpunkt festgesetzt ist, kann noch in Frage kommen:

1) wenn der Testirer sich unbestimmt ausgedrückt hat, z. B. N. soll in 8 Jahren 1000 Fl. erhalten, oder Severus et Victorina in annos octo liberi sunto, sind diese 8 Jahre von der Testamentserrichtung oder vom Todestag des Testirers an zu rechnen?
2) wenn der Testirer ein gewisses Alter des Honorirten festgesetzt hat, gilt dann annus coeptus oder impletus?

Zu 1) Nach l. 41. § 15. D. 40. 5. soll die Zeit von dem Act des Testirens an gerechnet werden, nisi aliud voluisse testatorem probaretur.

Zu 2) Man nimmt an, daß das festgesetzte Jahr vollendet seyn müsse; l. 49. pr. § 3. D. de legat. I. (30.) — l. 48. D. 35. 1. — l. 5. C. 6. 53. — l. 22. D. 36. 2. Dem steht l. 74. § 1. D. 36. 1. nicht entgegen, weil da die Festsetzung sich auf den besonderen Wortlaut des Testaments gründet: cum ad annum 20 pervenisset; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 230.

---

§. 5. Aeußere formelle Erfordernisse der Testamente.*)

Inst. II. 10. de testamentis ordinandis. Dig. XXVIII. 1. qui testamenta facere possint et quemadmodum testamenta fiant. Cod. VI. 23. de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur.

A. In Ansehung der regelmäßigen Privattestamente.

a) Von Testamentszeugen.

1) Daß Frauenzimmer keine Solennitätszeugen seyn können, § 6. J. 2. 10. — Notar.-Ordn. Tit. von Testamenten § 6., daß die Männer von anerkannter Integrität seyn sollen,**) ut sint viri bonae opinionis, Nov. 90. c. 1., vergl.

*) Ueber den Unterschied zwischen testamentum nuncupativum, scriptum und nuncupativum in scripturam redactum s. Glück P. C. Bd. XXXIII. S. 329.

**) Speciell ausgeschlossen sind verurtheilte Pasquillanten, l. 18. § 1. D. 28. 1. — l. 21. pr. D. 22. 5., und die wegen Ehebruchs Verurtheilten;

Marezoll über bürgerliche Ehre S. 222., daß Wahnsinnige (außer in lichten Zwischenräumen, l. 20. § 4. D. 28. 1.) und die ihnen gleich geachteten Verschwender, l. 18. D. 28. 1., und Unmündige wegen mangelnder Verstandesreife, § 6. J. 2. 10., sowie Taube und Stumme wegen physischer Unfähigkeit, sofern nämlich diese Mängel zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden waren, l. 22. § 1. D. 28. 1., von der Zeugschaft ausgeschlossen sind, unterliegt keinem Zweifel; können aber Blinde nicht doch bei einem mündlichen Testament als Zeugen gelten? oder auch Harthörige?

2) Daß Hauskinder des Testators nicht gültige Zeugen seyn können, ist wohl einleuchtend, und eben so vice versa, § 9. J. 2. 20. — Notar.-Ordn. l. c. § 6.; kann aber der Vater nicht doch gültiger Zeuge bei einem Testament des filiusfamilias über sein peculium castrense seyn?

3) Sind Legatare und Fideicommissare oder auch Verwandte des eingesetzten Erben gültige Zeugen?

4) Macht die Zuziehung von Einwohnern der im Testament mit einem Vermächtniß bedachten Gemeinde als Zeugen dasselbe ungültig?

5) Ist es ein nothwendiges Erforderniß zur Gültigkeit eines Testamentszeugen, daß er den Testator kennen muß?

6) Schadet der Mangel der Fähigkeit eines Testamentszeugen auch dann, wenn dieser Mangel bei der Testamentserrichtung nicht bekannt war?

7) Wenn bei Errichtung des Testaments eine Verletzung des Erfordernisses der Einheit der Zeit, des Orts und der Handlung dadurch entstanden ist, daß einer der Zeugen durch Krankheit genöthigt war, sich zu entfernen, wie kann diesem abgeholfen werden?

8) Sind Zeugen schuldig, bei einem mündlichen Testament den Namen des Erben aufzuzeichnen?

9) Kann der Beweis der Falschheit einer Testamentsurkunde durch die in derselben selbst unterschriebenen Zeugen geführt werden?

---

l. 14. D. 22. 5. — Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 815. Von Häretikern mag wohl h. z. T. nicht mehr die Rede seyn. Notorische Zinswucherer sind von der Testirfähigkeit durch c. 2. de usur. in VIto. (5. 5.) ausgeschlossen, wobei es indessen auf richtige Bestimmung des Begriffs ankommen wird.

10) Ist das Testament, welches den zur Zeit seiner Errichtung vorgeschriebenen, aber nicht den durch spätere Gesetze bestimmten Formalitäten entspricht, auch dann gültig, wenn der Testator erst nach Promulgation der letzteren gestorben ist?
11) Gilt das Testament durchaus nicht, falls die Zeugen nicht ausdrücklich bescheinigt haben, daß die Unterzeichnung des Testators in ihrer Gegenwart geschehen sey?
12) Ist es erforderlich, daß die Testamentszeugen sowohl active als passive Testamentsfähigkeit besitzen?

Zu 1) In der Theorie ist diese Frage sehr bestritten. Die bejahende Meinung stützt sich vorzüglich darauf, daß die Gesetze ausdrücklich nur die Tauben und Stummen ausschließen, und wenn es in l. 9. C. 6. 23. heißt: Si testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo jure testamentum valet, so sey dies nur so zu verstehen, daß die Signatur Angesichts des Testators vor sich gehen müsse, aber nicht auch, daß die Zeugen nothwendig den Testator sehen müßten; s. die Lehrbücher von Thibaut § 829., v. Wening-Ingenheim § 447., Schweppe § 815., Mackeldey § 640., Höpfner Instit. Comm. § 445., Hunger Erbrecht § 35., Cocceji jus controv. Lib. 28. tit. 1. qu. 11., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. IV. S. 58., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 444. not. 1., Laurich (Pr. Schott) D. de coeco idoneo in testamentifactione teste. Lips. 1773., Matthiae D. de testimonio coeci et surdi in testam. Erford. 1693. Dagegen wird aber eingewendet: man könne die l. 9. cit. unmöglich blos so verstehen, daß nur der Testator die Zeugen sehen müsse, denn damit würde man, wenn man nicht sehr willkührlich die Worte in conspectu mit in praesentia vertauscht, gegen die Gesetze, s. l. 8. C. 6. 22., behaupten, daß ein Blinder gar nicht testiren könne, die Gesetze fordern perfectissima veritas, l. 32. C. de fideic. (6. 42.), und legen insbesondere beim Testament eines Blinden ausdrücklich auf die augenscheinliche Ueberzeugung der Zeugen das Gewicht, ne locum quidem ullum relinquat insidiis *tot oculis spectata*, tot sensibus insinuata in coecis testandi licentia, welches so wesentlich bei allen Testamenten ist, um Betrügereien durch Unterschiebung einer andern Person anstatt des vermeintlichen, aber schon todten Testirers, dergleichen schon manchmal vorgefallen sind, zu verhüten. Um consequent zu seyn, müßte man, wie Lehr in Günther und Hagemann's Archiv Bd. V. no. 10. und Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 762., auch ein vor 7 blinden

Zeugen mündlich errichtetes Testament für gültig erkennen, was doch gewiß nicht angeht. Für diese Meinung entscheidet daher nach dem Zeugniß vieler Schriftsteller der Gerichtsbrauch, s. Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 295. und die in not. 88. u. 89. citirten Autoren, Hagemann l. c. Bd. I. S. 198., Quistorp rechtl. Bemerk. Bd. II. S. 182., womit die Lehrbücher von Seuffert Bd. III. § 524., Mühlenbruch § 660., Puchta § 458., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1263. übereinstimmen. Ein Harthöriger ist unter Voraussetzung der Nachweisung, daß von ihm die Willenserklärung des Testirers gehört und verstanden worden sey, als Testamentszeuge nicht zu verwerfen; s. Strippelmann's Erk. d. O. A. G. in Cassel Bd. IV. H. 1.

Zu 2) Ulpian bejaht diese Frage in l. 20. § 2. D. 28. 1., wogegen sie Justinian in § 9. J. 2. 11. bestimmt verneint. Mehrere geben hier den Pandecten, Andere den Institutionen den Vorzug; vergl. Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 371. Eine Vereinigung beider Stellen findet Schrader im Corp. jur. civ. T. I. pag. 294. darin: si Digesta de milite, Institutiones de milite dimisso testante accipis: constat enim, illum multis privilegiis frui. So auch Walch Introd. in controv. jur civ. pag. 298. in nota (Ed. 3.), v. Vangerow Pand. Bd. II. § 444. no. 5. Ohne Einfluß auf die Fähigkeit der Testamentszeugen ist es, wenn sie unter sich in einem Verhältniß der väterlichen Gewalt stehen; § 8. J. 2. 10. — l. 17. D. 22. 5. — l. 22. pr. D. 28. 1. Ueberhaupt kommt es in Beurtheilung ihrer Fähigkeit nur auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung an; l. 22. § 1. D. 28. 1.

Zu 3) Es fehlt zwar nicht an Rechtsgelehrten, welche ein Testament sogar dann für ungültig erkennen, wenn ein naher Verwandter, z. B. der Bruder des eingesetzten Erben oder Legatars, als Zeuge zugezogen worden ist, s. Stryck caut. test. cap. 15. § 28., Struv. Ex. 32. § 13., v. Hohnhorst Jahrbücher des Großherzogl. Badenschen Oberhofgerichts zu Mannheim Bd. I. S. 171. u. 275. Bd. IV. S. 1. Bd. VI. S. 128.; allein gemeinrechtlich ist nur der Erbe selbst von der Zeugschaft ausgeschlossen (was auch von dem heres ex re certa gelten muß, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 768.), ein Verwandter aber nicht, sondern nur wer in potestate ist; § 10. J. 2. 10. — l. 20. pr. D. 28. 1. — l. 22. C. 6. 23. Die Zulässigkeit der Legatare und Fideicommissare spricht bestimmt aus § 11. J. 2. 10.; s. v. Löhr im civilist. Archiv Bd. II. S. 189., Walch l. c. pag. 298., Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 366. Ihre Zeugschaft gilt demnach bei einem mündlichen, wie bei einem schriftlichen Testament, s. Gebr. Overbeck Medit. Thl. IV. S. 19. u. 355.

Zu 4) Nach richtiger Unterscheidung zwischen der Gemeinde als juristischer Person und den Gemeindegliedern und Angehörigen als einzelnen physischen Personen kann ein solches Testament nicht für ungültig erkannt werden; s. Archiv für das Civil- u. Criminalr. der Königl. Preuß. Rheinprovinzen Bd. XIII. Abthl. 1. S 27.

Zu 5) Nicht sehen und nicht kennen ist einerlei, sagt Lehr über die Frage: ob ein Blinder bei einem Testament Zeuge seyn könne, und consequent behaupten Glück im P. C. Bd. XXXIV. S. 305. u. Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 1. § 24., die sämmtlichen Zeugen müßten den Testator kennen. Allein so gewiß es ist, daß die Zeugen sich von der Identität der Person überzeugen müssen, so wenig wird behauptet werden können, daß dies auf keine andere Weise möglich sey, als wenn sie den Testator schon vorher gekannt haben, und da — wohl eben deswegen — kein Gesetz dieses fordert, so kann man wohl unbedenklich denjenigen beistimmen, welche es für genügend halten, wenn nur einige der Zeugen den Testator persönlich kennen, und wenn Streit und Zweifel über die Identität hinterher entstehen sollte, diese auf die gewöhnliche Weise zur Hebung bringen lassen; s. Westphal Theorie des R. R. von Testamenten § 153., Madihn Princ. jur Rom. de success. § 70., v. Hartitzsch Erbrecht § 58., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 429., v. Vangerow l. c. § 444. no. 6.

Zu 6) l. 1. C. 6. 23. u. § 7. J. 2. 10. läßt in einem solchen Falle das Testament bestehen, wo ein Sklave, qui omnium consensu liberorum loco fuit, als Zeuge irrthümlich adhibirt wurde, während ihm noch nicht controversia de statu erhoben war. Nicht unzweifelhaft ist zwar die Anwendung dieses Gesetzes auf andere Fälle, indessen scheint die gemeine Meinung sich dafür entschieden zu haben, weil ebendasselbe auch bei einem ähnlichen Irrthum in Verträgen in l. 3. pr. D. 14. 6. statuirt wird, s. Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 342., v. Vangerow l. c. § 444. S. 146.

Zu 7) Dadurch, daß ein anderer Zeuge für ihn eintritt, welcher aber auch testis rogatus seyn muß (denn eine zufällig anwesende Person kann ihn nicht ersetzen, s. Glück Opusc. Fasc. I. no. 9., Braun Erörter. zu Thibaut § 740.), und welcher bei Antretung seiner Function sich von dem Testator und den übrigen Zeugen die Versicherung geben lassen muß, daß alles bisher Geschehene gehörig in ihrer Gegenwart vorgegangen sey; l. 28. pr. C. 6. 23. — Notariatsordn. l. c. § 7. u. 9. Mehreres s. Marezoll über die bei der Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit des Ortes, des Tages rc. in Linde's Zeitschr. für Civilr. u. Proceß Bd. IV. S. 54.; s. auch Archiv für die Rechtspflege

und Gesetzgebung im Großherzogthum Baden von Duttlinger Bd. I. S. 247. Bd. III. S. 65. u. 250. Solche Unterbrechungen, welche die Leibesnothdurft und den Körper- oder Gesundheitszustand des Testators oder der Zeugen betreffen, schaden übrigens der Gültigkeit des Testiractes nicht; s. Notariatsordn. Tit. von Testamenten § 7.

Zu 8) Gegen Claproth verneint diese Frage Berg in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen Thl. IV. S. 234., welche h. z. T. in Praxi kaum mehr vorkommen wird.

Zu 9) Die Glaubwürdigkeit der Zeugen ist in einem solchen Falle völlig aufgehoben, daher der Beweis durch andere Mittel geführt werden müßte, s. Duttlinger's Archiv Bd. I. S. 262., v. Hohnhorst Jahrbücher Bd. III. S. 65. u. 250.

Zu 10) Die bereits im Bd. I. S. 47. angeführte Nov. 66. cap. 1. pr. § 4. u. 5. entscheidet für die ungeschwächte Gültigkeit des Testaments; s. auch Journal für Gesetzkunde und Rechtsgelehrsamkeit von Lassaulx Jahrg. I. Bd. II. S. 221. Jahrg. II. Bd. I. S. 119. 223. 235.

Zu 11) Wenn die Zeugen nicht ausdrücklich bescheinigt haben, daß die Unterzeichnung des Testators in ihrer Gegenwart geschehen, so muß dieser Umstand besonders bewiesen werden; s. Strippelmann l. c.

Zu 12) Beides erfordert die Notariatsordn. l. c. § 6.; indem sie aber doch nur den römischen Gesetzen folgen wollte, § 6. J. 2. 10., unterliegt sie einer Berichtigung, indem der Ausdruck: „cum quibus testamentifactio est“ nur von der passiven Testamentifaction gebraucht wurde; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 764.

---

b) Andere Förmlichkeiten.

1) Gilt ein zur nächtlichen Zeit ohne Lichter errichtetes Testament?
2) In wie fern ist die Unterschrift des Testators und das Vorlesen des Testaments zur Gültigkeit desselben unerläßlich?
3) Ist die subscriptio statt der sonstigen superscriptio genügend?
4) Bekanntlich muß der des Schreibens unfähige Testirer einen octavus subscriptor beiziehen, rücksichtlich dessen mit v. Wangerow Pand. Bd. II. § 445. und Konopack Institt. des röm. Privatr. § 344. not. 1. wohl zu beachten ist (was auf dessen nöthige Eigenschaften von Einfluß ist), daß er

nicht als octavus testis,*) sondern nur als octavus subscriptor in den Gesetzen erfordert wird. Da aber die Notariatsordn. l. c. § 7. sagt: „wo er (Testirer) nicht schreiben könnt oder alsdann nicht möcht," fragt sich, ob es nicht überhaupt von des Testators Willkühr abhänge, entweder selbst zu unterschreiben oder von einem octavus subscriptor unterschreiben zu lassen?

5) Auch darüber wird gezweifelt, ob der gedachte subscriptor seinen oder des Testirers Namen zu unterschreiben habe?

6) Dürfen die Zeugen auch mit fremdem Petschaft siegeln?

7) Gilt das Testament, wenn eine altersschwache kranke Person sich zur Bewerkstelligung ihrer Unterschrift die Hand führen läßt?

Zu 1) Die l. 22. § 6. D. 28. 1. sagt zwar: posse et nocte signari testamentum, nulla dubitatio est, weshalb auch Walch Intr. in controv. jur. civ. pag. 312. behauptet: noctu testamentum condi potest. Die Notariatsordn. Tit. von Testamenten § 24. hingegen: „Die Notarien sollen nicht bei Nacht, denn allein aus ehehaften Ursachen, Instrument machen, dieweil solches nicht ohne Verdächtlichkeit geschehe." Diejenigen Rechtsgelehrten, welche ein solches Testament absolut verwerfen, gründen sich auf die schon berührte Voraussetzung, daß die Zeugen den Testator sehen müßten; s. Mühlenbruch Lehrb. § 659. not. 12., Hagemann und Günther's Archiv Thl. I. S. 201. Den angeführten Gesetzen nach scheint es aber gemäßer, mit Madihn Princ. jur. Rom. de successionibus § 70. zu sagen: testamentum noctu absque luminibus confectum suspicionem falsi habet, quae per probationem contrarii elidi debet. Die Meinung Einiger, daß drei Lichter brennen müßten, welche auf einer unpassenden Anwendung der l. 1. § 10. D. de inspic. ventre (25. 4.) beruht, s. Jason Cons. L. III. c. 50. et alii, gleicht einem juristischen Scherz.

Zu 2) Die Regel ist: wenn der letzte Wille bei der Errichtung selbst niedergeschrieben wird, sey das Testament schriftlich oder mündlich, so muß es vor dem Testator und den Zeugen vorgelesen werden,

---

*) daher wird auch von ihm die Beidrückung seines Siegels eben so wenig erfordert, als dies der Testator selbst nöthig hat, s. Erk. d. O. A. G. in München in Seuffert's Archiv Bd. IV. H. 1. S. 113., Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Thl. I. S. 344.

s. Notariatsordn. l. c. § 5.*), ist es aber vorher schon niedergeschrieben, so genügt es, daß der Testirer die Scriptur vor den Zeugen — welche dann den Inhalt nicht zu wissen brauchen — als seinen letzten Willen erkläre und unterschreibe, worauf dann die Zeugen es gleichfalls unterschreiben und besiegeln müssen; l. 21. pr. C. 6. 23. — § 5. J. 2. 10. — l. 22. § 2. u. 5. l. 30. D. 28. 1. — Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 47., civilist. Archiv Bd. II. S. 190. Bd. VI. S. 226. Es ist daher falsch, wenn hie und da gesagt wird: der Testator müsse das Testament entweder selbst schreiben oder unterschreiben, vielmehr entbindet ihn das Selbstschreiben nur dann von der Unterschrift, wenn er zugleich speciell ausgedrückt hat, daß er Alles selbst geschrieben habe; l. 28. § 1. C. 6. 23. — Die angeführte l. 21. C. macht es zum Erforderniß, daß die Unterschrift des Testators jener der Zeugen vorangehen müsse, wie es allerdings der Natur der Sache gemäß ist; Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 466. Gleichwohl halten Andere dafür: ein Testament, welches ein Zeuge vor dem Testator unterschrieben hatte, sey nicht für ungültig zu erklären, sofern nur alle 7 Zeugen noch bei der Unterzeichnung des Testators gegenwärtig waren, und dieses bewiesen wird.

Nach besonderen Gesetzgebungen genügt es nicht einmal, wenn das Testament mit Datum und Namen des Testirers anfängt, ohne daß solche am Schlusse wiederholt werden, s. Archiv für Civil- und Criminalrecht d. K. Preuß. Rheinprovinzen Bd. II. S. 151. Auf einem Blatt befanden sich drei eigenhändige testamentarische Verfügungen, wovon zwei unterzeichnet und datirt waren, die dritte zwar unterzeichnet aber nicht mit dem Datum versehen, — und es fragte sich, ob das Datum Jener auf diese bezogen werden könne? Die Entscheidung lautete verneinend, doch könne die Gültigkeit der ersteren neben der Nichtigkeit der letzteren bestehen. Ebend. Bd. III. Abth. 1. S. 149., Bd. I. Abth. 1. S. 13. Ueber die Frage, ob ein unrichtiges Datum das Testament nichtig macht? s. v. Hohnhorst Jahrb. Bd. VII. S. 151.

*) Daß dies geschehen sey, muß auch ausdrücklich im Testament bemerkt seyn; doch sind die Ansichten darüber verschieden, ob diese Unterlassung ohne Weiteres die Nullität des Testaments zur Folge habe, s. v. Hohnhorst Jahrbücher des Großherzogl. Badischen Oberhofgerichts Bd. VII. S. 149., Archiv für das Civil- und Criminalr. d. K. Preuß. Rheinprovinzen Bd. IX. S. 105., Lassaulx Journal für Gesetzkunde und Rechtsgel. Bd. II. Jahrgang IV. S. 406., oder wenn zwar bemerkt ist, daß es vorgelesen wurde, aber nicht, daß es in Gegenwart der Zeugen geschehen; Lassaulx l. c. Jahrg. II. Bd. II. S 467. und das citirte Archiv Bd. IX. S. 105. Bd. XI. S. 111.

Zu 3) Zwar verneint dies Spangenberg im civilist. Archiv Bd. V. S. 144., indessen ist diese Meinung, welcher früher auch Schweppe gefolgt war, nicht nur von diesem in der 4ten Ausgabe d. röm. Privatr. § 816. dahin berichtigt, daß subscriptio oder superscriptio genüge, sondern es ist dieses auch jetzt wieder, wie in früherer Zeit, und auch nach der Notariatsordn. Tit. I. § 7. allgemein angenommen, s. v. Löhr im civilist. Archiv Bd. VI. S. 328., Gupet Abhandl. a. d. Gebiet d. Civilr. S. 29., Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 442. und die Lehrbücher von Bucher § 388., Thibaut § 830. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 447., Seuffert Bd. III. § 525. u. not. 6., Mühlenbruch Bd. III. § 477., Malett Bd. III. § 967 u. not. 96.

Zu 4) Die neueren Rechtsgelehrten betrachten nach vernünftiger Auslegung das Wort „mögen" als synonymon des Könnens, mit der Modification, daß jenes das temporäre, dieses das absolute Nichtkönnen bedeutet; gemäß der lateinischen Version in der neuen Sammlung der Reichsabschiede: vel si ipse scribere nesciat vel tunc non possit, s. Gesterding Ausbeute von Nachforschungen Bd. I. S. 342., Sell Versuche Bd. I. S. 218., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 445. no. 2a. Nach l. 28. § 1. C. 6. 23. ist übrigens dann, wenn der Testator das ganze Testament eigenhändig geschrieben und auch im Testament ausdrücklich bemerkt hat, daß er es selbst geschrieben habe, keine weitere Unterschrift, weder des Testirers noch statt seiner eines achten Zeugen nöthig. Obgleich die Notariatsordnung darüber nichts sagt, so ist doch dessen Geltung nicht zu bezweifeln; s. Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 415. rc., Sintenis Civilr. Bd. III. S. 379. not. 10., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 783.

Zu 5) Nach Carpzov Decis. illustres Saxon. P. II. Dec. 147. hätte der subscriptor octavus nur seinen Namen beizufügen, indessen entspricht dies nur unvollständig der Vorschrift der Notariatsordnung l. c. § 7. „daß derselbe in des Testirers Namen und auf sein Begehren sich unterschreiben soll," s. Gesterding, Sell, v. Vangerow l. c.

Zu 6) Zwar schöpft Sell l. c. aus der Notariatsordnung l. c. § 1. 7. u. 10. ein Bedenken dagegen, daß sich alle Zeugen eines fremden Petschafts sollten bedienen können, der gemeinen Meinung nach ist dies aber ganz willkührlich, s. Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 430. u. die Lehrbücher von Thibaut § 830. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 447. (51.), Schweppe § 816. not. 7., Müh-

lenbruch Bd. III. § 660., v. Vangerow l. c. § 445., bezüglich § 5. J. 2. 10. — l. 22. § 2. u. 5. D. 28. 1. — l. 12. C. 6. 23.

Zu 7) Streng genommen kann man auch da den octavus subscriptor, wie bei dem Testament der des Lesens und Schreibens unfähigen Person oder eines Blinden mit Heimbach l. c. S. 783., vergl. Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 418. für nöthig ansehen, allein es ist doch ein bedeutender Unterschied zwischen gänzlich mangelnder und sehr beschränkter Fähigkeit. Da nun die Testamente in den Gesetzen dergestalt begünstiget sind, daß das aequum et bonum oben ansteht, l. 17. D. 28. 3. indignum quod sit, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum, daher auch bei einem testamentum ruri conditum zugelassen wird, daß ein Zeuge für einen andern des Lesens und Schreibens Unerfahrenen unterschreiben darf, so wird sich die von Semler in Hagemanns u. Günthers Archiv für theoretische und praktische Rechtsgelehrsamkeit Th. II. S. 48. angeführte Entscheidung des Tribunals in Berlin rechtfertigen, daß ein solches Testament nur durch das Hinzukommen anderer Verdachtsgründe verwerflich werde; quod, licet subtilitas juris refragari videatur, attamen voluntas testatoris ex aequo et bono tuenda sit. l. 17. D. 28. 3. Bei Codicillen würde es noch weniger Anstand haben, weil da die Unterschrift des Testators nicht nöthig ist; l. 6. § 1. D. 29. 7. — l. ult. § ult. C. 6. 36.

---

c) Testamente mit verminderten Förmlichkeiten.

1) Was wird an den Förmlichkeiten eines vor 7 Zeugen errichteten Testaments nachgelassen, wenn der Testirer an einer ansteckenden Krankheit darnieder liegt?

2) Gilt die Begünstigung eines testamenti ruri conditi blos für Bauersleute oder für Landbewohner überhaupt, und worin besteht sie?

3) Wem liegt für die Aufrechthaltung eines testamenti ruri conditi, in so fern die Herabsetzung der erforderlichen Zahl der Zeugen auf 5 nur bedingt ausgesprochen ist, der Beweis ob? nämlich muß der Testamentserbe beweisen, daß nicht mehrere Zeugen zu haben waren, oder der Gegner, daß mehrere zu haben waren?

4) In so fern der princeps durch die ihm gebührende fides publica der sonst im Landesgesetz vorgeschriebenen Testamentsformalitäten überhoben ist, fragt sich, ob dieses auch bei mediatisirten Fürsten Anwendung finde?

Zu 1) Die Meinungen der Rechtslehrer divergiren vielfach in der Auslegung der hierher gehörigen l. 8. C. 6. 23., s. Moser Versuche über einzelne Theile des bürgerl. Rechts S. 27. Einige statuiren nach Anleitung der Glosse und Gothofred. de test. tempore pestis condit. etc. Opp. min. pag. 627., die unitas *actus* werde nachgelassen; die Zeugen brauchten also nicht in actu vollständig beisammen zu seyn; die Unterbrechung, welche verursacht wird, wenn einer oder der andere Zeuge sich aus Furcht vor der Krankheit entfernt, soll der Gültigkeit des Testaments nicht schaden, wenn die Solennisirung nur bald nachher vollendet wird; s. die Lehrb. von Mackeldey § 646., Thibaut § 866. (Ed. 9.), Mühlenbruch § 689., Seuffert § 529., Höpfner Instit. Comm. § 461., Köchy civilist. Erörter. Bd. I. S. 127., Schweppe röm. Privatr. § 815., Marezoll in Linde's Zeitschrift Bd. IV. S. 79., Glück P. C. Bd. XLII. S. 263. Andere halten nach Anleitung der Basiliken XXXV. 2. 8. dafür, die unitas *loci* werde nachgelassen. Wenn nämlich der Testator an einer ansteckenden Krankheit darnieder liegt, und die Zeugen aus Furcht, sich ihm zu nähern, nicht in demselben Zimmer bleiben, so sey eine solche Entfernung, von welcher aus sie ihn gleichwohl sehen und hören können, unschädlich; Cujac. Obs. XXVI. 10., v. Wening-Ingenheim Lehrb. V. § 130., Puchta Pand. § 467. (Ed. 2.), v. Vangerow Pand. Bd. II. § 444. Diese verschiedenen Meinungen sind vollständig recensirt von Ackermann im civilist. Archiv Bd. XXXII. S. 55., welcher, abweichend von den Meisten, das morbo oppressos in l. 8. C. 6. 23. nicht auf den Testirer, sondern auf kranke Zeugen bezieht, von denen die übrigen Ansteckung zu befürchten haben, daher das jungi et sociari scheuen, weshalb das Gesetz nicht verlange, daß alle Zeugen zugleich versammelt seyen. Daß an der Zahl der Zeugen etwas nachgelassen sey, wie im Sächs. Recht, Const. Elect. IV. Const. 4. angenommen und von Mehreren auch als gemeinrechtlich behauptet wird, s. Gaill Obs. Lib. II. Obs. 118. no. 18., Leyser Vol. V. Spec. 368. Med. 5., Stryck de cautel. test. Cap. XI. § 3., Mevius ad Jus Lubec. P. II. Tit. 1. Art. II. no. 44., ist im Gesetz nicht zu finden. Wahrscheinlicher ist wohl die Meinung derer, welche ein eigenes Privilegium für das test. temp. pestis cond. ganz in Abrede stellen, und die l. 8. C. 6. 23. nur in Verbindung mit den in l. 28. C. 6. 23. überhaupt enthaltenen unschädlichen Unterbrechungen des Testiractes setzen; s. Schweppe l. c., Marezoll l. c., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 445.

Zu 2) Daß der im Gesetz gebrauchte Ausdruck rustici oder rusticani von Landbewohnern überhaupt zu verstehen sey, geht aus dem gesammten

Inhalt der l. 31. C. 6. 23. überzeugend hervor, und deshalb kann man auch nicht wohl annehmen, daß durch die Notariatsordnung v. 1512. Tit. von Testamenten § 2. verb. „auf dem Gau, wo Bauersleut Testament mächten," eine Abänderung bewirkt werde, s. Marezoll im civil. Archiv Bd. IX. no. 15., Höpfner Instit. Comm. § 462., Mackeldey Lehrb. § 645., Walch Intr. in controv. jur. civ. pag. 333. (Ed. 3.) Der entgegengesetzten Meinung, daß der Testator ein Bauer seyn müsse, ist Schweppe l. c. § 821., Stryck de testam. rusticorum. Diss. T. II. no. 20. — Wenn nach der richtigeren Meinung, s. Fritz in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 22., die l. 31. C. 6. 23. und die Notariatsordnung vereint in Betracht gezogen werden muß, so daß Erleichterungen, welche jene gewährt, dadurch nicht aufgehoben sind, daß diese darüber schweigt, hingegen Erweiterungen des Privilegs durch die Notariatsordnung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, so gilt für das mündliche, wie für das schriftliche Testament der Landbewohner überhaupt die Herabsetzung der Zahl der, jedoch allerdings zu rogirenden, Zeugen auf 5. Die in leg. cit. enthaltene Bestätigung älterer örtlicher Gewohnheiten ist zwar h. z. T. nicht mehr anwendbar, wohl aber müssen deutsche Gewohnheitsrechte ihre Gültigkeit behaupten, s. Emminghaus die Lehre vom test. ruri cond. im jetzt Sächsischen Theile Thüringens als Beispiel des in Deutschland geltenden Gewohnheitsrechts, im civilist. Archiv Bd. XIX. S. 241.

Zu 3) Mehrere glauben den Testamentserben von der Beweislast befreien zu dürfen, indem die Vermuthung für den Mangel an fähigen Testamentszeugen auf dem Lande streite, und dieser Mangel eben durch die Erlassung an den Förmlichkeiten als der gewöhnliche Zustand vom Gesetz anerkannt sey, um so weniger könne also hier der Beweis einer Negative gefordert werden; Stryck de cautel. testam. Cap. XI. § 9., Brunnemann ad l. fin. Cod. de testam., Philippi D. de testam. hominum ruralium Cap. IV. § 4., Erk. des Cassations- und Revisionshofs in Berlin in Volkmar Jurisprudenz S. 240. Allein im Gesetz wird es als etwas Zufälliges betrachtet, ob die genügende Zahl von Zeugen auf dem Lande gerade im Fall des Bedürfens zu haben sey, die Existenz dieses bei dem heutigen Stand des Schulwesens seltneren Zufalls muß demnach derjenige, welcher sich darauf gründet, es muß der Testamentserbe immer die genügende Beobachtung der äußeren Testamentsformen beweisen; Wernher Obs. for. T. III. P. 2. Obs. 348., Hommel Rhaps. Obs. 352., Höpfner Instit. Comm. § 462., Marezoll im civilist. Archiv Bd. IX. S. 297., Emminghaus das. Bd. XIX. S. 264.

wohl als allgemein anerkannt angenommen werden, s. Mackeldey Lehrb. Bd. I. § 145., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 69. (106.)

Zu 3) In der Regel kann auch zum Besten einer pia causa nur durch die Codicillarclausel einem unvollständigen Testament abgeholfen werden. Manche unhaltbare Ausdehnungen des privilegii piae causae entkräftet umständlich Böhmer J. E. P. Lib. III. tit. 26. § 38—46., Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XLII. S. 134. Als ein besonderes privilegium der piae causae wird es nach l. 46. § 9. C. de episc. et cler. (1. 3.) von Mehreren angesehen, daß die ihr verschafften annuae praestationes dem Recht nach unverjährbar seyen, indessen ist dies schon dem gemeinen Recht gemäß; l. 7. § 6. C. 7. 39., Mühlenbruch l. c. Bd. XLII. S. 146.

Der privilegirte modus testandi parentum inter liberos,

s. l. 21. § 1—3. l. 26. C. fam. ercisc. (3. 36.) — Nov. 18. — Nov. 107. — Nov. 119. c. 9. cf. l. 29. C. 6. 23., ursprünglich ein Attribut der väterlichen Gewalt,*) nachher unbedingt den Ascendenten ohne Unterschied des Geschlechts, auch sowohl gegen emancipatos als suos dahin zugestanden, daß, wenn die Errichtung mündlich ge- ·chieht, nur zwei Zeugen gegenwärtig zu seyn brauchen, im Fall ·chriftlicher Errichtung aber jeder entweder vom Testirer selbst ge- ·chriebene oder unterschriebene Aufsatz hinreichen soll, in welchem, ·elbst ohne Zeugen, vom Testirer eigenhändig wenigstens die Namen ·er eingesetzten Descendenten und deren Erbtheile — diese jedoch ·cht blos mit Ziffern, sondern mit Worten — geschrieben sind, und sein Datum der Handlung vollständig beigefügt ist, gibt zu folgen- ·Fragen Anlaß:

1) Ist es wesentlich, daß das Datum der Handlung vorangesetzt werde, oder kann dies auch am Schluß geschehen?

Können in einer solchen väterlichen Disposition auch Kinder

...uch überschätzten Zeit alles für die Erde Wohlthätige aus religiösem ...t, konnte es nicht fehlen, daß alle Stiftungen schon dadurch ent- ...von dem Zusammenhang mit weltlichen Corporationen und An- ...

... auch nicht den Kindern ihren Eltern gegenüber zusteht, ...ed Mebitt. Bd. IV. S. 40.

zu auf lich einräu fügung eben so denn ein Bundesact abzusprechen unverträglich (Ed. 4.) Th. drücklich jener den Souverän

Inhalt der l. 31. C. 6. 23. überzeugend hervor, und deshalb kann man auch nicht wohl annehmen, daß durch die Notariatsordnung v. 1512. Tit. von Testamenten § 2. verb. „auf dem Gau, wo Bauersleut Testament mächten," eine Abänderung bewirkt werde, s. Marezoll im civil. Archiv Bd. IX. no. 15., Höpfner Instit. Comm. § 462., Mackeldey Lehrb. § 645., Walch Intr. in controv. jur. civ. pag. 333. (Ed. 3.) Der entgegengesetzten Meinung, daß der Testator ein Bauer seyn müsse, ist Schweppe l. c. § 821., Stryck de testam. rusticorum. Diss. T. II. no. 20. — Wenn nach der richtigeren Meinung, s. Fritz in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 22., die l. 31. C. 6. 23. und die Notariatsordnung vereint in Betracht gezogen werden muß, so daß Erleichterungen, welche jene gewährt, dadurch nicht aufgehoben sind, daß diese darüber schweigt, hingegen Erweiterungen des Privilegs durch die Notariatsordnung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, so gilt für das mündliche, wie für das schriftliche Testament der Landbewohner überhaupt die Herabsetzung der Zahl der, jedoch allerdings zu rogirenden, Zeugen auf 5. Die in leg. cit. enthaltene Bestätigung älterer örtlicher Gewohnheiten ist zwar h. z. T. nicht mehr anwendbar, wohl aber müssen deutsche Gewohnheitsrechte ihre Gültigkeit behaupten, s. Emminghaus die Lehre vom test. ruri cond. im jetzt Sächsischen Theile Thüringens als Beispiel des in Deutschland geltenden Gewohnheitsrechts, im civilist. Archiv Bd. XIX. S. 241.

Zu 3) Mehrere glauben den Testamentserben von der Beweislast befreien zu dürfen, indem die Vermuthung für den Mangel an fähigen Testamentszeugen auf dem Lande streite, und dieser Mangel eben durch die Erlassung an den Förmlichkeiten als der gewöhnliche Zustand vor-
Gesetz anerkannt sey, um so weniger könne also hier der Beweis einer Negative gefordert werden; Stryck de cautel. testam. Cap. XI. Sieh-
Brunnemann ad l. fin. Cod. de testam., Philippi D. de 3. f.
stam. hominum ruralium Cap. IV. § 4., Erk. des Cassations ugen-
Revisionshofs in Berlin in Volkmar Jurisprudenz S. 240.
im Gesetz wird es als etwas Zufälliges betrachtet, ob die ge
Zahl von Zeugen auf dem Lande gerade im Fall des Bedürfens bejahende
sey, die Existenz dieses bei dem heutigen Stand des Schulmente auch
neren Zufalls muß demnach derjenige, welcher sich darauf g' theils auf
muß der Testamentserbe immer die genügende Beobachtung 1 fidem ju-
Testamentsformen beweisen; Wernher Obs. for. T. III. nicht an dem
348., Hommel Rhaps. Obs. 352., Höpfner Instit. C. u. 2. D. 1.
Marezoll im civilist. Archiv Bd. IX. S. 297., E
das. Bd. XIX. S. 264. 1. Heimbach im

...nommen werden, s. Mackeldey
...ng-Ingenheim Lehrb. Bd. III.

... zum Besten einer pia causa nur
...vollständigen Testament abgeholfen
...ungen des privilegii piae causae
... J. E. P. Lib. III. tit. 26.
...ücks P. C. Bd. XLII. S. 134.
...iae causae wird es nach l. 46.
... von Mehreren angesehen, daß die
... dem Recht nach unverjährbar
...inen Recht gemäß; l. 7. § 6. C.
...LII. S. 146.

...tandi parentum inter
...

... (3. 36.) — Nov. 18. — Nov.
... 23., ursprünglich ein Attri-
... unbedingt den Ascendenten
... sowohl gegen emancipatos
... die Errichtung mündlich ge-
... zu seyn brauchen, im Fall
... der vom Testirer selbst ge-
... hinreichen soll, in welchem,
...ndig wenigstens die Namen
...n Erbtheile — diese jedoch
...en — geschrieben sind, und
...gefügt ist, gibt zu folgen-

...m der Handlung vorange-
...m Schluß geschehen?
... Disposition auch Kinder

... Wohlthätige aus religiösem
...ftungen schon dadurch ent-
...en Corporationen und An-

... Eltern gegenüber zusteht,

i...
or... g...
pfli... T...
ma... sei...
de su...
des ...
Schwe...
judiciali...
forma te... es...
daß der K...
das von d...
ult. X. de ...
354. Med. 3. ...
fälle Bd. I. ...
Die Bestimmunge...

Inhalt der l. 31. C. 6. 23. überzeugend hervor, und deshalb kann man auch nicht wohl annehmen, daß durch die Notariatsordnung v. 1512. Tit. von Testamenten § 2. verb. „auf dem Gau, wo Bauersleut Testament möchten," eine Abänderung bewirkt werde, s. Marezoll im civil. Archiv Bd. IX. no. 15., Höpfner Instit. Comm. § 462., Mackeldey Lehrb. § 645., Walch Intr. in controv. jur. civ. pag. 333. (Ed. 3.) Der entgegengesetzten Meinung, daß der Testator ein Bauer seyn müsse, ist Schweppe l. c. § 821., Stryck de testam. rusticorum. Diss. T. II. no. 20. — Wenn nach der richtigeren Meinung, s. Fritz in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 22., die l. 31. C. 6. 23. und die Notariatsordnung vereint in Betracht gezogen werden muß, so daß Erleichterungen, welche jene gewährt, dadurch nicht aufgehoben sind, daß diese darüber schweigt, hingegen Erweiterungen des Privilegs durch die Notariatsordnung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, so gilt für das mündliche, wie für das schriftliche Testament der Landbewohner überhaupt die Herabsetzung der Zahl der, jedoch allerdings zu rogirenden, Zeugen auf 5. Die in leg. cit. enthaltene Bestätigung älterer örtlicher Gewohnheiten ist zwar h. z. T. nicht mehr anwendbar, wohl aber müssen deutsche Gewohnheitsrechte ihre Gültigkeit behaupten, s. Emminghaus die Lehre vom test. ruri cond. im jetzt Sächsischen Theile Thüringens als Beispiel des in Deutschland geltenden Gewohnheitsrechts, im civilist. Archiv Bd. XIX. S. 241.

Zu 3) Mehrere glauben den Testamentserben von der Beweislast befreien zu dürfen, indem die Vermuthung für den Mangel an fähigen Testamentszeugen auf dem Lande streite, und dieser Mangel eben durch die Erlassung an den Förmlichkeiten als der gewöhnliche Zustand vom Gesetz anerkannt sey, um so weniger könne also hier der Beweis einer Negative gefordert werden; Stryck de cautel. testam. Cap. XI. § [illegible] daß Brunnemann ad l. fin. Cod. de testam., Philippi D. de [illegible] ugen stam. hominum ruralium Cap. IV. § 4., Erk. des Cassations [illegible] s P. Revisionshofs in Berlin in Volkmar Jurisprudenz S. 240. G. L. im Gesetz wird es als etwas Zufälliges betrachtet, ob die ge Gültig Zahl von Zeugen auf dem Lande gerade im Fall des Bedürfens [illegible] chem die sey, die Existenz dieses bei dem heutigen Stand des Schulw[illegible] dazu erneren Zufalls muß demnach derjenige, welcher sich darauf g[illegible] estamenten muß der Testamentserbe immer die genügende Beobachtung ten bei dem Testamentsformen beweisen; Wernher Obs. for. T. III. [illegible] nicht vorge- 348., Hommel Rhaps. Obs. 352., Höpfner Instit. C[illegible] gesteht er zu, Marezoll im civilist. Archiv Bd. IX. S. 297., [illegible] euben rechtliche das. Bd. XIX. S. 264. [illegible] cap. 8. ange-

...genommen werden, s. Mackeldey
...ing-Ingenheim Lehrb. Bd. III.

...h zum Besten einer pia causa nur
...vollständigen Testament abgeholfen
...hungen des privilegii piae causae
J. E. P. Lib. III. tit. 26.
...lücks P. C. Bd. XLII. S. 134.
...piae causae wird es nach l. 46.
von Mehreren angesehen, daß die
...s dem Recht nach unverjährbar
...inen Recht gemäß; l. 7. § 6. C.
...LII. S. 146.

...tandi parentum inter
...,

(3. 36.) — Nov. 18. — Nov.
...l 23., ursprünglich ein Attri-
...r unbedingt den Ascendenten
sowohl gegen emancipatos
... die Errichtung mündlich ge-
zu seyn brauchen, im Fall
...eder vom Testirer selbst ge-
...hinreichen soll, in welchem,
...ändig wenigstens die Namen
...n Erbtheile — diese jedoch
...ten — geschrieben sind, und
...igefügt ist, gibt zu folgen-

...m der Handlung vorange-
...m Schluß geschehen?
...n Disposition auch Kinder

... Wohlthätige aus religiösem
...iftungen schon dadurch ent-
...chen Corporationen und An-

... Eltern gegenüber zusteht,

Inhalt der l. 31. C. 6. 23. überzeugend hervor, und deshalb kann man auch nicht wohl annehmen, daß durch die Notariatsordnung v. 1512. Tit. von Testamenten § 2. verb. „auf dem Gau, wo Bauersleut Testament mächten," eine Abänderung bewirkt werde, s. Marezoll im civil. Archiv Bd. IX. no. 15., Höpfner Instit. Comm. § 462., Mackeldey Lehrb. § 645., Walch Intr. in controv. jur. civ. pag. 333. (Ed. 3.) Der entgegengesetzten Meinung, daß der Testator ein Bauer seyn müsse, ist Schweppe l. c. § 821., Stryck de testam. rusticorum. Diss. T. II. no. 20. — Wenn nach der richtigeren Meinung, s. Fritz in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 22., die l. 31. C. 6. 23. und die Notariatsordnung vereint in Betracht gezogen werden muß, so daß Erleichterungen, welche jene gewährt, dadurch nicht aufgehoben sind, daß diese darüber schweigt, hingegen Erweiterungen des Privilegs durch die Notariatsordnung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, so gilt für das mündliche, wie für das schriftliche Testament der Landbewohner überhaupt die Herabsetzung der Zahl der, jedoch allerdings zu rogirenden, Zeugen auf 5. Die in leg. cit. enthaltene Bestätigung älterer örtlicher Gewohnheiten ist zwar h. z. T. nicht mehr anwendbar, wohl aber müssen deutsche Gewohnheitsrechte ihre Gültigkeit behaupten, s. Emminghaus die Lehre vom test. ruri cond. im jetzt Sächsischen Theile Thüringens als Beispiel des in Deutschland geltenden Gewohnheitsrechts, im civilist. Archiv Bd. XIX. S. 241.

Zu 3) Mehrere glauben den Testamentserben von der Beweislast befreien zu dürfen, indem die Vermuthung für den Mangel an fähigen Testamentszeugen auf dem Lande streite, und dieser Mangel eben durch die Erlassung an den Förmlichkeiten als der gewöhnliche Zustand vom Gesetz anerkannt sey, um so weniger könne also hier der Beweis ein Negative gefordert werden; Stryck de cautel. testam. Cap. XI. § 5. Brunnemann ad l. fin. Cod. de testam., Philippi D. de ... stam. hominum ruralium Cap. IV. § 4., Erk. des Cassations... Revisionshofs in Berlin in Volkmar Jurisprudenz S. 240. ...estirt, im Gesetz wird es als etwas Zufälliges betrachtet, ob die ge... Zahl von Zeugen auf dem Lande gerade im Fall des Bedürfens ... sey, die Existenz dieses bei dem heutigen Stand des Schul... neren Zufalls muß demnach derjenige, welcher sich darauf g... muß der Testamentserbe immer die genügende Beobachtung ... Testamentsformen beweisen; Wernher Obs. for. T. III. ... 348., Hommel Rhaps. Obs. 352., Höpfner Instit. C... Marezoll im civilist. Archiv Bd. IX. S. 297., ... das. Bd. XIX. S. 264. ...mers ...chen der ...mml. d. ... S. 137., ... Bülow ... Schlüters

...genommen werden, s. Mackeldey
...ing=Ingenheim Lehrb. Bd. III.

...h zum Besten einer pia causa nur
...vollständigen Testament abgeholfen
...ungen des privilegii piae causae
... J. E. P. Lib. III. tit. 26.
...lücks P. C. Bd. XLII. S. 134.
...piae causae wird es nach l. 46.
... von Mehreren angesehen, daß die
...s dem Recht nach unverjährbar
...inen Recht gemäß; l. 7. § 6. C.
...LII. S. 146.

...tandi parentum inter
...s,

... (3. 36.) — Nov. 18. — Nov.
... 23., ursprünglich ein Attri=
...r unbedingt den Ascendenten
... sowohl gegen emancipatos
... die Errichtung mündlich ge=
... zu seyn brauchen, im Fall
...der vom Testirer selbst ge=
...hinreichen soll, in welchem,
...ändig wenigstens die Namen
...n Erbtheile — diese jedoch
...ten — geschrieben sind, und
...igefügt ist, gibt zu folgen=

...m der Handlung vorange=
...m Schluß geschehen?
...n Disposition auch Kinder

... Zu... es
weil im
heim Leh...
§ 824., B...
Marb. 177...
Privatr. § 4...
welche solche Au...

...e Wohlthätige aus religiösem
...tiftungen schon dadurch ent=
...hen Corporationen und An=

... Eltern gegenüber zusteht,

Inhalt der l. 31. C. 6. 23. überzeugend hervor, und deshalb kann man auch nicht wohl annehmen, daß durch die Notariatsordnung v. 1512. Tit. von Testamenten § 2. verb. „auf dem Gau, wo Bauersleut Testament mächten,“ eine Abänderung bewirkt werde, s. Marezoll im civil. Archiv Bd. IX. no. 15., Höpfner Instit. Comm. § 462., Mackeldey Lehrb. § 645., Walch Intr. in controv. jur. civ. pag. 333. (Ed. 3.) Der entgegengesetzten Meinung, daß der Testator ein Bauer seyn müsse, ist Schweppe l. c. § 821., Stryck de testam. rusticorum. Diss. T. II. no. 20. — Wenn nach der richtigeren Meinung, s. Fritz in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 22., die l. 31. C. 6. 23. und die Notariatsordnung vereint in Betracht gezogen werden muß, so daß Erleichterungen, welche jene gewährt, dadurch nicht aufgehoben sind, daß diese darüber schweigt, hingegen Erweiterungen des Privilegs durch die Notariatsordnung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, so gilt für das mündliche, wie für das schriftliche Testament der Landbewohner überhaupt die Herabsetzung der Zahl der, jedoch allerdings zu rogirenden, Zeugen auf 5. Die in leg. cit. enthaltene Bestätigung älterer örtlicher Gewohnheiten ist zwar h. z. T. nicht mehr anwendbar, wohl aber müssen deutsche Gewohnheitsrechte ihre Gültigkeit behaupten, s. Emminghaus die Lehre vom test. ruri cond. im jetzt Sächsischen Theile Thüringens als Beispiel des in Deutschland geltenden Gewohnheitsrechts, im civilist. Archiv Bd. XIX. S. 241.

Zu 3) Mehrere glauben den Testamentserben von der Beweislast befreien zu dürfen, indem die Vermuthung für den Mangel an fähigen Testamentszeugen auf dem Lande streite, und dieser Mangel eben durch die Erlassung an den Förmlichkeiten als der gewöhnliche Zustand vom Gesetz anerkannt sey, um so weniger könne also hier der Beweis ein[…] Negative gefordert werden; Stryck de cautel. testam. Cap. XI. §[…]ent Brunnemann ad l. fin. Cod. de testam., Philippi D. de[…]n ste stam. hominum ruralium Cap. IV. § 4., Erk. des Cassations[…]im- Revisionshofs in Berlin in Volkmar Jurisprudenz S. 240. […] in der im Gesetz wird es als etwas Zufälliges betrachtet, ob die ge[…] folgt, Zahl von Zeugen auf dem Lande gerade im Fall des Bedürfens […]nach Be- sey, die Existenz dieses bei dem heutigen Stand des Schulw[…]davon zu neren Zufalls muß demnach derjenige, welcher sich darauf g[…]aufgehoben muß der Testamentserbe immer die genügende Beobachtung […] Testamentsformen beweisen; Wernher Obs. for. T. III.[…]n Theil förm- 348., Hommel Rhaps. Obs. 352., Höpfner Instit. C[…]non mutando Marezoll im civilist. Archiv Bd. IX. S. 297., [B]d. VI. S. 330. das. Bd. XIX. S. 264.

...genommen werden, s. Mackeldey
...ing-Ingenheim Lehrb. Bd. III.

...h zum Besten einer pia causa nur
...vollständigen Testament abgeholfen
...hungen des privilegii piae causae
J. E. P. Lib. III. tit. 26.
...Glücks P. C. Bd. XLII. S. 134.
...piae causae wird es nach l. 46.
von Mehreren angesehen, daß die
... dem Recht nach unverjährbar
...inen Recht gemäß; l. 7. § 6. C.
...LII. S. 146.

...tandi parentum inter
...,

(3. 36.) — Nov. 18. — Nov.
...23., ursprünglich ein Attri-
... unbedingt den Ascendenten
... sowohl gegen emancipatos
... die Errichtung mündlich ge-
... zu seyn brauchen, im Fall
...eder vom Testirer selbst ge-
...hinreichen soll, in welchem,
...ndig wenigstens die Namen
...n Erbtheile — diese jedoch
...ten — geschrieben sind, und
...gefügt ist, gibt zu folgen-

...m der Handlung vorange-
...m Schluß geschehen?
...n Disposition auch Kinder

...e Wohlthätige aus religiösem
...stiftungen schon dadurch ent-
...chen Corporationen und An-
... Eltern gegenüber zusteht,

Inhalt der l. 31. C. 6. 23. überzeugend hervor, und deshalb kann man auch nicht wohl annehmen, daß durch die Notariatsordnung v. 1512. Tit. von Testamenten § 2. verb. „auf dem Gau, wo Bauersleut Testament mächten," eine Abänderung bewirkt werde, s. Marezoll im civil. Archiv Bd. IX. no. 15., Höpfner Instit. Comm. § 462., Mackeldey Lehrb. § 645., Walch Intr. in controv. jur. civ. pag. 333. (Ed. 3.) Der entgegengesetzten Meinung, daß der Testator ein Bauer seyn müsse, ist Schweppe l. c. § 821., Stryck de testam. rusticorum. Diss. T. II. no. 20. — Wenn nach der richtigeren Meinung, s. Fritz in Linde's Zeitschr. Bd. V. S. 22., die l. 31. C. 6. 23. und die Notariatsordnung vereint in Betracht gezogen werden muß, so daß Erleichterungen, welche jene gewährt, dadurch nicht aufgehoben sind, daß diese darüber schweigt, hingegen Erweiterungen des Privilegs durch die Notariatsordnung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, so gilt für das mündliche, wie für das schriftliche Testament der Landbewohner überhaupt die Herabsetzung der Zahl der, jedoch allerdings zu rogirenden, Zeugen auf 5. Die in leg. cit. enthaltene Bestätigung älterer örtlicher Gewohnheiten ist zwar h. z. T. nicht mehr anwendbar, wohl aber müssen deutsche Gewohnheitsrechte ihre Gültigkeit behaupten, s. Emminghaus die Lehre vom test. ruri cond. im jetzt Sächsischen Theile Thüringens als Beispiel des in Deutschland geltenden Gewohnheitsrechts, im civilist. Archiv Bd. XIX. S. 241.

Zu 3) Mehrere glauben den Testamentserben von der Beweislast befreien zu dürfen, indem die Vermuthung für den Mangel an fähigen Testamentszeugen auf dem Lande streite, und dieser Mangel eben durch die Erlassung an den Förmlichkeiten als der gewöhnliche Zustand vom Gesetz anerkannt sey, um so weniger könne also hier der Beweis ein, Negative gefordert werden; Stryck de cautel. testam. Cap. XI. §. n- Brunnemann ad l. fin. Cod. de testam., Philippi D. de ich stam. hominum ruralium Cap. IV. § 4., Erk. des Cassations 148. Revisionshofs in Berlin in Volkmar Jurisprudenz S. 240. ectivi- im Gesetz wird es als etwas Zufälliges betrachtet, ob die g ag des Zahl von Zeugen auf dem Lande gerade im Fall des Bedürfens ht nicht sey, die Existenz dieses bei dem heutigen Stand des Schul estamente neren Zufalls muß demnach derjenige, welcher sich darauf g s andere muß der Testamentserbe immer die genügende Beobachtung . c. § 38. Testamentsformen beweisen; Wernher Obs. for. T. III. pt der eben 348., Hommel Rhaps. Obs. 352., Höpfner Instit. atz: daß der Marezoll im civilist. Archiv Bd. IX. S. 297., torbenen ange- das. Bd. XIX. S. 264. ohne Unterschied

...genommen werden, s. Mackeldey
...ing=Ingenheim Lehrb. Bd. III.

...h zum Besten einer pia causa nur
...vollständigen Testament abgeholfen
...nungen des privilegii piae causae
J. E. P. Lib. III. tit. 26.
...lücks P. C. Bd. XLII. S. 134.
...piae causae wird es nach l. 46.
von Mehreren angesehen, daß die
...s dem Recht nach unverjährbar
...inen Recht gemäß; l. 7. § 6. C.
...LII. S. 146.

...itandi parentum inter
...,

(3. 36.) — Nov. 18. — Nov.
...l 23., ursprünglich ein Attri=
...n unbedingt den Ascendenten
... sowohl gegen emancipatos
... die Errichtung mündlich ge=
... zu seyn brauchen, im Fall
...eder vom Testirer selbst ge=
...hinreichen soll, in welchem,
...ändig wenigstens die Namen
...n Erbtheile — diese jedoch
...ten — geschrieben sind, und
...igefügt ist, gibt zu folgen=

...m der Handlung vorange=
...m Schluß geschehen?
...n Disposition auch Kinder

...
...
...
...

---

*) Und ...ie Wohlthätige aus religiösem
...se's Meinung ...Stiftungen schon dadurch ent=
...gatte für die sei... ...chen Corporationen und An=
...laß des Vorverst... ...Eltern gegenüber zusteht,

auf gültige Weise entweder gänzlich oder bona mente enterbt werden?

3) Erstreckt sich das Privilegium auch auf einen mündlichen actus testandi parentum inter liberos?

4) In wie fern kann eine persona extranea in einem solchen privilegirten Testament mit Legaten und Fideicommissen bedacht werden?

5) Ist es absolut nöthig, die Kinder mit Namen aufzuführen?

6) Ist ein solches Testament auch dann ungültig, wenn die mit Ziffern geschriebenen Erbtheile durch deren Deutlichkeit keine Ungewißheit übrig lassen?

7) Muß auch das Datum mit Worten geschrieben werden?

8) Gilt das Privilegium auch in Beziehung auf liberos naturales?

9) Können auch legitimati und adoptivi in dem Privilegium des Vaters begriffen werden?

10) Kann der Ascendent nicht blos unter Kindern, sondern auch unter Kindern und Enkeln, wenn die Väter der letzteren noch leben, privilegiato modo testiren?

11) Gilt das privilegirte väterliche Testament, auch wenn es nicht in der Gewahrsame des Vaters gefunden, sondern von einem der Söhne vorgelegt wird?

12) Kann auch ein blinder Vater unter seinen Kindern auf privilegirte Art testiren, und unter welchen Formalitäten?

13) Wenn ein älteres solennes Testament vorhanden ist, wird dasselbe durch das auf privilegirte Art errichtete für aufgehoben erachtet?

14) Kann ein früher in privilegirter Art errichtetes durch das später in gleicher Art errichtete Testament aufgehoben werden?

15) Kann der auf privilegirte Art testirende Vater in solchem Testament seiner Ehefrau nicht wenigstens die lebenslängliche Nutznießung des Vermögens gültig versichern?

16) In so fern das Privilegium nach l. ult. C. 3. 36. u. l. 1. C. Theod. 2. 24. auch dahin geht, daß ein väterliches Testament dieser Art, um zu gelten, nicht perfect und vollendet zu seyn brauche, fragt sich, was denn an der Perfection fehlen dürfe?

17) Ist ein in privilegirter Art errichtetes, zugleich aber gerichtlich hinterlegtes Testament, welches sich der Testirer in der

Folge hat zurückgeben lassen, dadurch für aufgehoben zu achten, wenn es sich gleichwohl noch unversehrt in seinem Nachlaß befindet?

Zu 1) Die Nothwendigkeit, das Datum voranzusetzen, hat besonders Andreä im civilist. Archiv Bd. IV. S. 384. zu deduciren sich bemüht, welchem auch Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 850. beitritt. Allerdings heißt es im griechischen Text der Nov. 107. c. 1. *προγράφειν* und nicht blos *γράφειν*, wogegen nicht in Betracht kommen kann, wie vom O. A. Ger. in Cassel, s. Strippelmanns Samml. Th. I. Abth. 1. S. 25. angenommen wurde, daß in den Worten der versio vulgata: primum quidem ejus subscriptione tempus declaret, das primum nur als die erste der verschiedenen Voraussetzungen der in Rede stehenden Disposition, und nicht gerade als der Anfang derselben verstanden werden könne. Allein kann man etwas, was der damaligen Gewohnheit entsprungen ist, nämlich das Voransetzen des Datums, bei der allgemeinen Veränderlichkeit des Brauches und der Sitte, als etwas Wesentliches vernünftigerweise ansehen? Aus diesen und andern Gründen wird man denjenigen Rechtsgelehrten gerne beistimmen, welche die Gültigkeit eines letzten Willens nicht davon abhängig erkennen, ob das Datum am Anfang oder am Ende steht; s. Göschen Vorlesungen Bd. V. S. 300. no. II., Euler Comm. de testamento et divisione parentum inter liberos Berol. 1820. § 40. etc. Schroeder D. de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus § 11., Jen. 1819., Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XLII. S. 189., ohne jedoch so weit zu gehen, wie Pufendorf T. III. Obs. 5. § 1., Hommel Rhaps. obs. 354. u. Becker Sammlung merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 249. unter Anführung des Gerichtsbrauchs in Hessen, welche die Beisetzung des Datums überhaupt für willkührlich ansehen, und sich deshalb auf die l. 26. C. 3. 36.*) beziehen, welcher doch die Nov. 107. c. 1. derogirt, wie umständlich ausgeführt ist in v. Rüling Entscheidungen des O. A. Ger. in Celle no. 101. und Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 18.

Zu 2) Diese Controverse dreht sich vorzüglich um die Frage, ob die privilegirte elterliche Disposition für weiter nichts, als was sie vor den Novellen war, nämlich für eine bloße Theilungsregulirung unter den Intestaterben oder für ein Testament gelte. Diejenigen, welche das Letztere verläugnen, müssen consequent eine Erbeinsetzuung, sowie auch

*) Vergl. auch Epitome Novell. cap. 100.

eine Enterbung auf solche Weise für unzulässig erkennen, da dergleichen nicht anders als durch ein Testament geschehen kann. Außer den älteren in Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 329. Ed. 3. für diese Meinung angeführten Autoritäten, als Faber, Gothofred, Fachinäus u. A., ist von den neueren, außer der Dissertation von Aldringen de filio imperfecto parentis inter liberos testamento ne bona quidem mente exheredando. Aug. Trev. 1785., noch zu beachten: Fritz Versuche historisch-dogmatisch. Entwickelung der Lehre v. d. Testamenten der Eltern unter Kindern § 19. 20. 33—36., Gießen 1822., v. Hartitzsch Entscheidungen &c. no. 407. Dagegen wird aber eingewendet, daß die Voraussetzung, auf welche diese Meinung sich stützt, vielmehr auf Conjectur als auf Wirklichkeit beruhe, und da in den Novellen sowohl als in der Notariatsordnung solchen elterlichen Dispositionen die Eigenschaft eines wahren Testaments ausdrücklich zugeschrieben, auch in der Nov. 115. c. 3. nicht gefordert wird, daß die Enterbung in einem feierlichen Testament geschehen müsse, so hat die früher schon herrschende Meinung, daß auch Enterbungen in einer dispos. par. inter lib. stattfinden, sich auch in der neueren Zeit aufrecht erhalten; s. v. Quistorp Beiträge S. 328., Höpfner Institt. Commentar § 460. und die dort angeführten Stryck, Lauterbach, Cocceji, Reinhard &c., Mackeldey Lehrb. § 648., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 820. u. not. 7., Euler loc. cit. § 12—15., v. Bülow Abhandl. Th. I. S. 187., Th. II. S. 126., Thibaut System § 845., Köchy Meditt. Bd. I. no. 11., v. Wening-Ingenheim Lehrbuch Bd. III. § 482. (127.), Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XLII. S. 203—211., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VII. no. 379., Francke das Recht der Notherben S. 403.

Zu 3) Während die Novellen blos von schriftlichen Testamenten der Eltern unter ihren Kindern handeln, über deren Abfassung sie die genauesten Vorschriften geben, dabei aber das sonst sowohl schriftlichen als mündlichen Testamenten eigene Bedürfniß von Solennitätszeugen gänzlich erlassen, sagt die Notariatsord. v. 1512. Tit. 1. § 2.: zu einem Testament seyen 7 Zeugen nöthig, aber in Testamenten, so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern machen — da wird solch Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zween. Wie diese verschiedenen Bestimmungen mit einander in Verbindung zu setzen seyen, darüber zählt Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XLII. S. 220. sechserlei Meinungen der Rechtsgelehrten auf; s. besonders Schroeder D. de privileg. par. inter liberos disposit. pag. 26. Jenae 1819., Müller D. de testam. par. inter lib. privil. § 27. Lips. 1826., Roßhirt testam.

Erbrecht Bd. I. S. 465., Fritz l. c. § 40., Mencken de testam. par. inter lib. privileg. sine scriptura invalido. Op. no. 18., dessen Meinung weiter vertheidigt Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 321. (Ed. 3.) Die natürlichste Ansicht scheint diese zu seyn: die Notariatsordnung, welche nicht sowohl für ein Gesetz als für eine Instruction angesehen werden kann, und welcher am wenigsten eine vermöge dieser wenigen Worte offenbar ganz unzulängliche Abänderung der Kaiserlichen Rechte unterzulegen ist, wolle, nachdem im Eingang von mündlichen und schriftlichen Testamenten die Rede ist, nur so viel sagen: wo überhaupt die Zuziehung von Zeugen bei einem Testament nöthig ist, da sollen, wenn es ein elterliches unter Kindern ist, deren zwei genügen. Dies ist beim mündlichen Testament der Fall, beim schriftlichen aber vermöge der Novellen nicht. Das privilegirte mündliche Testament ist also gültig, wenn nur zwei Zeugen adhibirt wurden, aber man kann nicht mit v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 482. (127.) sagen, daß überall und also auch beim schriftlichen Testament dieser Art zwei Zeugen nöthig seyen. Diese in den meisten Lehrbüchern angenommene Ansicht steht, wie selbst Schweppe im röm. Privatr. Bd. V. § 820. not. 1. und v. Bülow in den Abhandl. Th. I. S. 200., ungeachtet deren eigene Meinung abweicht, zugestehen, in der Praxis fest; s. Höpfner Instit. Comm. § 460., Göschen Vorlesungen Bd. V. § 902. no. 3., Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XLII. S. 224., Wernher Obs. P. V. obs. 154., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. Med. 195. u. 266., Thibaut System § 845. (Ed. 8.), Leyser Sp. 367. Med. 10. Corr. 2., Mackeldey Lehrb. § 648. not. a., Erkenntn. des O. A. Ger. in Cassel in Strippelmanns Samml. Th. IV. Abth. 1. S. 25. Es erübrigt aber noch alsdann die Frage: ob die zu adhibirenden Zeugen nur die Requisite der Beweiszeugen im Allgemeinen, oder der Solennitätszeugen haben müssen. Letzteres behauptet Mühlenbruch l. c. S. 213. u. 226., und da die Notariatsordnung nur die Zahl der Zeugen von 7 auf 2 herabsetzt, so ist allerdings anzunehmen, daß sie qualitativ von diesen dasselbe fordern, was von den 7 gefordert wird. Indessen halten Viele nur gewöhnliche Beweiszeugen für erforderlich, Hagemeister D. de legato extraneo in testam. parent. inter liberos rel., Müller Diss. cit. § 20., Müller ad Leyser Obs. 568. pag. 31., Hofacker Princ. jur. civ. § 1388., ja auch sogar den Erfüllungseid, in Ermangelung eines zweiten Zeugen für zulässig; s. Hellfeld Jurispr. for. § 1482. u. not. z., v. Hartitzsch Erbrecht § 403., v. Bülow Abhandl. Th. I. S. 201. Auf keinen Fall möchte man wohl die Hellfeldsche oder auch die von

Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. IV. § 6. not. 4. aufgestellte Meinung sich zu eigen machen, wonach es genügen soll, wenn der Erblasser seinen Willen zwei Personen zu verschiedenen Zeiten zu erkennen gegeben hat. Zwar ist diese Meinung vom Jenaer Schöppenstuhl in einem in Schmidts hinterlassenen Abhandlungen prakt. Rechtsmaterien Th. II. S. 26. erzählten Fall angenommen worden, aber mit Recht verwirft sie Leyser l. c. u. v. Bülow l. c., und auch in Ansehung des militärischen Testaments Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XLII. S. 66. Daß übrigens eine solche elterliche Disposition nicht eben über den ganzen Nachlaß sich zu erstrecken brauche, sondern auch einzelne Vermögenschaften zum Gegenstand haben könne, ist wohl nicht zu bezweifeln; s. Schmidt l. c.

Zu 4) Das Privilegium der Novellen ist auf die reine Disposition zwischen Eltern und Kindern beschränkt. Nach den Worten der Novelle, an welche man sich halten muß, ist für die Berücksichtigung von extraneis dem allgemeinen Erforderniß eigenhändiger Ernennung der Honorirten noch das Erforderniß von Zeugen hinzugefügt, daher selbst ein legatum ad pias causas, wenn die Disposition ohne Zeugen errichtet ist, für ungültig erkannt wird, s. Becker Samml. merkw. Rechtsfälle Th. III. S. 349. Da jedoch in der Novelle die Zahl der Zeugen unbestimmt gelassen ist, so ist es streitig geworden, ob deren 2 nach der Notariatsordnung genügen, oder gemäß der Codicillarform l. 8. § 3. C. de codicill. (6. 36.) fünf Zeugen erfordert werden. Ersteres behauptet Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 820., Hagemeister l. c., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 858. vorzüglich aus dem Grund, weil die Schlußworte der Nov. 107. c. 1. unverkennbar anzeigen, daß es bei diesem privilegirten Testament blos auf Gewißheit des Willens ankomme, und es der anderen Testamentssolennitäten nicht bedürfe. Die Vertheidiger des Gegentheils subsumiren aber die Eigenschaft von Solennitätszeugen, auf welche die Bestimmung der l. 12. D. 22. 5. ubi numerus testium non adjicitur, etiam duo sufficiunt nicht anwendbar wäre. Die Notariatsordnung spreche blos vom reinen Testament der Eltern unter Kindern, und die Novelle könne, indem sie über die Zahl der Zeugen nichts bestimmt, blos von den Codicillarzeugen verstanden werden; v. Bülow l. c. Thl. I. S. 204., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 33. u. 37., Walch Intr. in controv. jur. civ. p. 331. (Ed. 3.), Höpfner Instit. Comm. § 460. u. die in not. 13. angeführten Schriftsteller, nach deren Zeugniß der von einigen für die Sufficienz von 2 Zeugen behauptete Gerichtsbrauch durchaus nicht feststeht; s. auch Euler loc. cit. pag. 60., Köchy Meditt. Bd. I.

no. 12., Thibaut System § 845. (Ed. 8.), Roßhirt testamentar. Erbrecht Bd. I. § 87., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 482. (127.), Mackeldey Lehrb. § 648. Auch für Vulgar- und Pupillar-Substitutionen gilt die privilegirte Art zu testiren nur, wenn keine personae extraneae substituirt werden; s. Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XLII. S. 211—215., v. Wening-Ingenheim l. c., Schweppe l. c. §820., Franckenfeld D. de discrimine nudae divisionis et testamenti parentum inter liberos § 21. Gött. 1792., Müller Diss. cit. § 22. Ob Vormundschaftsbestellung in einem solchen privilegirten Testament zulässig sey, ist zwar auch von denjenigen bestritten, welche demselben die Eigenschaft eines Testaments absprechen (s. oben zur Fr. 2.), allein diese Meinung ist in Praxi durchaus nicht angenommen; cf. l. 2. C. 5. 29., Mühlenbruch l. c. Bd. XLII. S. 208.

Zu 5) Die Novelle 107. erfordert ausdrücklich, damit Alles klar und unzweifelhaft sey, daß der Testirer die Namen der Erben eigenhändig declariren soll. Gleichwohl haben sich Zweifel erhoben. Man sagt: dasselbe Erforderniß, welches zu der Zeit, da die Nov. 107. erlassen wurde, auch für die solennen Testamente galt, s. l. 29. C. 6. 23., sey durch die Nov. 119. c. 9. aufgehoben, warum soll es nicht auch für das in Nov. 107. bezeichnete testam. privilegiat. als aufgehoben gelten? Dagegen wird aber erinnert, daß der Kaiser in der Nov. 119. c. 9. nur die frühere generelle Vorschrift aufgehoben habe; durch ein neues allgemeines Gesetz aber werde ein älteres besonderes nicht aufgehoben, l. 80. D. 50. 17. lex correctoria generalis priorem specialem non spectat, vielmehr derogire jus speciale dem generali, und bei den Besonderheiten dieses Testaments-Privilegiums dürfe kein eigenthümlicher Charakter in keinem Stück für unwesentlich angesehen werden. Wenn man aber dieses auch zugeben muß, so möchte man doch wenigstens dem Grundsatz treu bleiben, daß gesetzliche Vorschriften nur immer nach ihrem Zweck zu verstehen und auszulegen seyen, und wenn man in l. 34. pr. D. 35. 1. u. § 29. in f. J. 2. 20. liest: nomina significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest, so kann man sich wohl nicht bewogen finden, eine elterliche Disposition blos deswegen zu verwerfen, weil die Namen der Kinder nicht genannt sind, vorausgesetzt, daß die Bezeichnungen von einer solchen Bestimmtheit sind, welche eine Ungewißheit oder Verwechselung unmöglich macht. So fordert das Notherbenrecht, bei welchem Alles sehr streng genommen wird, zwar auch namentliche Einsetzung oder Enterbung; wenn aber der Testator nur einen Sohn hatte, so soll es ge-

nügen, wenn er sagte: filium heredem instituo, filius exheres esto. pr. u. § 1. J. 2. 13., — Gaji Inst. II. § 123. u. 127. Es scheint demnach hier das richterliche Ermessen nicht ausgeschlossen werden zu können; s. Mühlenbruch l. c. Bd. XLII. S. 195., Höpfner Instit. Comm. § 460. not. 6. Daß bei sonst vorhandener genugsamer Bezeichnung die Aufführung sämmtlicher Kinder mit Namen nicht absolut die Gültigkeit der Disposition bedinge, ist auch durch neuere Präjudicien bestätigt; s. d. Erk. des O. A. Ger. in Cassel in Strippelmanns Samml. Th. IV. Abth. 1. S. 38. sowie das O. A. Ger. in Celle, s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 936. (Ed. 2.), womit auch die Sächsische Praxis übereinstimmt, s. Emminghaus Sächs. Pand. S. 684. no. 6. Eine Erbeinsetzung der Kinder zu gleichen Theilen ist übrigens nicht nöthig, daher auch ein dem Einen oder Andern verschafftes Prälegat für gültig zu achten ist; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 852. Fehlt die Erbeinsetzung ganz, so wird die Anordnung als divisio parentum inter liberos gelten können; s. Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XLII. S. 202., was gleichwohl Sintenis prakt. Civilr. Bd. III. S. 392. verneint. Auch bei den übrigen Förmlichkeiten ist zu bemerken, daß ein Mangel an solchen nicht verhindert, daß nach Umständen die Verfügung als bloße divisio parentum inter liberos zu Recht bestehen könne, wenn nur deren besondere Erforderniſſe vorhanden sind; l. 16. l. 26. C. 3. 36., Höpfner l. c., v. Bülow l. c. S. 196.

Zu 6) Auch hierüber sind die Meinungen verschieden, indem Mehrere das Gesetz nur von ungewöhnlichen Abbreviaturen und notis verstehen, was bei der jetzigen Schreibart wegfalle; Hommel Rhaps. obs. 354., Höpfner l. c. § 460. not. 3. Allein der griechische Urtext kann nicht anders als durch Zahlzeichen übersetzt werden, s. Euler l. c. § 47., u. der Grund dieser gesetzlichen Bestimmung ist auch nicht zu mißkennen; s. Mühlenbruch l. c. Bd. XLII. S. 197., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 30. Mehreres hierüber s. Köchy Meditt. Bd. I. no. 10., Fritz l. c. § 30., Müller l. c. § 18.

Zu 7) Grupen Disc. for. cap. 3. § 5. behauptet dies zwar, und der Verfasser der Auth. quod sine etc. C. de testam. (6. 23.) scheint auch dieser Ansicht gewesen zu seyn, wenn er sagt: parens — manu propria non signis, sed literarum consequentia declaret et *tempus* et liberorum nomina etc., s. auch Haenel Dissens. Dominorum p. 183., allein so wenig damit gesagt seyn konnte, daß die Namen der Kinder nicht mit Zahlzeichen ausgedrückt werden sollen, eben so wenig leidet diese Bestimmung, welche übrigens die Nov. 107. nicht

enthält, überhaupt eine allgemeine Anwendung auf alles Nachfolgende; Mühlenbruch l. c. S. 194., Höpfner l. c. not. 6., Thibaut System § 845. (Ed. 8.) Daß aber die Beisetzung des Datums überhaupt nothwendig sey, um desto mehr den Aufsatz von einem bloßen Project zu unterscheiden, ist schon oben zur Fr. 2. bemerkt, und ist hier nur noch darauf aufmerksam zu machen, daß die dagegen angeführte l. 26. C. 3. 36. blos von der Theilung unter Eltern und Kindern spricht.

Zu 8) Die verneinende Entscheidung folgt von selbst daraus, daß nach l. 6. D. 1. 6. — l. 75. D. 35. 1. gegen liberos naturales kein juristisches Paternitätsverhältniß begründetist; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 820., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 26., v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 482. (127.), Fritz l. c. § 24., Thibaut System § 845. (Ed. 8.), Walch Intr. in contr. jur. civ. pag. 326. (Ed. 3.), Euler l. c. § 30. Das Gesetz hat nur die Intestaterben in absteigender Linie als natürliche Erben ihrer Eltern und heredes ex asse vor Augen, was die liberi naturales dadurch, daß sie nach Umständen den sextantem erhalten können, noch keineswegs sind. Wenn Faber Dec. 35. err. 5., Berger Oecon. jur. Lib. I. tit. 4. § 6. not. 2., Carpzov P. III. Const. 4. Def. 24., G. L. Böhmer in d. auserlesenen Rechtsfällen Bd. II. Abth. I. S. 267. ꝛc. u. A. für ihre Meinung, daß der Vater wenigstens dann, wenn er keine ehelichen Kinder hat, unter seinen außerehelichen Kindern auf privilegirte Art testiren könne, sich auf l. 4. C. 5. 29. berufen: naturalibus liberis providentes damus licentiam patribus eorum in his rebus, quas quocunque modo eis dederint vel reliquerint, so ist dagegen zu erinnern, daß die hier den Vätern gegebene Freiheit, ihren unehelichen Kindern auf irgend eine Weise entweder bei Lebzeiten oder testamentlich etwas zuzuwenden, nicht wohl mit einer Bestimmung über den modus testandi zu verwechseln ist. Ein jus singulare darf nicht ausgedehnt werden, mithin kann nur der Mutter zugestanden werden, unter ihren Kindern auf privilegirte Art zu testiren; s. Mühlenbruch l. c. S. 174., Kapff merkwürdige Civilrechtssprüche der höchsten und höheren Gerichtshöfe Würtembergs Bd. I. S. 101., Gmelin Abh., ob den Eltern das Recht, ein privilegirtes Testament zu machen, auch in Hinsicht ihrer unehelichen Kinder zustehe S. 5—7.

Zu 9) Diese stehen den ehelichen gleich, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 482. (127.), Schweppe l. c. Th. V. § 820. not. 5., Mühlenbruch l. c. Bd. XLII. S. 174.

Zu 10) Die Literatur über diese Controverse s. Mühlenbruch

in Glücks P. C. Bd. XLII. und zwar für die verneinende Meinung S. 171. not. 27., für die bejahende S. 173. not. 35. Das Uebergewicht der ersteren von Mühlenbruch selbst und neuerlich auch von Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 843. adoptirten Meinung beruht auf folgender Erwägung: da Justinian in der Nov. 107. nichts besonderes in dieser Beziehung bestimmt, so muß dieselbe in dem Sinn der früheren Gesetze von Constantin und Theodosius II., l. 1. C. Th. 2. 24. — l. 26. C. Just. 3. 36. — l. 21. § 3. C. 6. 23. aufgefaßt werden, an welche sich Justinians Vorschrift nur anschließt, in welchen aber nur solche Descendenten gemeint sind, welche von den Eltern ab intestato beerbt werden.

Zu 11) Da das Gesetz einen bestimmten Aufbewahrungsort nicht vorschreibt, vielmehr in die Eigenhändigkeit der Erbeinsetzung alle entscheidende Kraft gelegt ist, so kann es der Gültigkeit der Disposition nicht schaden, wenn der Testirer einem seiner Söhne die Aufbewahrung anvertraut hat. Würde eines der übrigen Kinder sie für untergeschoben erklären, so müßte dasselbe den Beweis darüber führen; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. S. 130., Walch l. c.

Zu 12) Mehrere von Glück im P. C. Bd. XXXIV. S. 46. angeführte Rechtsgelehrte, denen er selbst beistimmt, behaupten: ein Blinder könne gar nicht auf die privilegirte Art unter seinen Kindern testiren, denn 1) seyen die Bedingungen, unter welchen ein Blinder solle testiren können, indistinct in den Gesetzen vorgeschrieben, § 4. J. 2. 12., und 2) sage die Notariatsordn. § 11.: „es ist auch nicht allein in einem Testament eines Blinden, sondern auch in seinen Codicillen und andern seinen letzten Willen noth, solche Form zu halten." Allein man kann entgegnen: zu 1) die Vorschriften über privilegirte Testamente gehören ad jura specialia, denen durch generelle Verordnungen nicht derogirt wird, und die Gesetze, welche von den vor 7 Zeugen errichteten Testamenten handeln, können nicht auf eine ganz andere Art von Testamenten angewendet werden. Zu 2) Nachdem in den Gesetzen über das Privilegium der, versteht sich mündlich, unter ihren Kindern testirenden Eltern blinde Eltern nicht ausgeschlossen seyen, so ist diejenige Auslegung vorzuziehen, wonach nur andere nicht privilegirte actus mortis causa, wie m. c. donationes in den Worten „anderen seinen letzten Willen" verstanden werden. Es wird daher von mehreren Rechtslehrern für genügend geachtet, wenn blinde Eltern noch einen dritten Zeugen oder einen Notar, welcher für sie unterschreibt, beiziehen und nach geschehener Vorlesung und Unterschrift der Zeugen ihren letzten Willen von denselben

besiegeln lassen, mithin die gemeinrechtlichen Vorschriften nur in so weit anwenden, als neben denselben das Privilegium bestehen kann; s. Mühlenbruch in Glücks P. E. Bd. XLII. S. 227., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 314., Leyser Sp. 367. Med. 8., Müller ad Leyser Obs. 569. T. IV. Fasc. I. p. 35., Wernher Comm. ad Pand. Lib. 29. tit. 1. p. 707.

Zu 13) Im römischen Recht findet sich keine Bestimmung, welche die Verneinung dieser Frage rechtfertigen könnte, aber die Worte der Notariatsordnung, womit die Zulässigkeit der privilegirten Art zu testiren bedingt wird, nämlich „im Fall, da kein Ander ihr Testament zuvor gemacht," werden gewöhnlich dahin verstanden, daß ein solennes Testament durch ein solches testamentum imperfectum, wie man es zu nennen beliebt, nicht außer Kraft gesetzt werden könne; s. Mühlenbruch in Glücks P. E. Bd. XLII. S. 231. § 1482. Je undeutlicher die angeführten Worte der Notariatsordnung sind, weshalb v. Bülow in den Abhandl. Th. I. S. 200., Th. II. S. 126—129. besonders dagegen eifert, daß man aus dieser doch ausdrücklich auf die Kaiserlichen Rechte verweisenden Instruction für Notarien eine in den Gesetzen nicht erfindliche Bestimmung schöpfen will, desto mehr findet man sich veranlaßt, auf die Rechtsquellen zurückzugehen. Die verneinende Meinung mehrerer Rechtsgelehrten, z. B. Rivinus D. de test. parent. priv. solenne prius conditum non infirmante., Heisler D. an et quatenus test. par. int. lib. aliud test. anterius rumpat etc., Thibaut System § 845. stützt sich theils darauf, daß in Nov. 107. c. 2. zu einem solchen zweiten Testament 7 Zeugen erfordert würden, theils auf die Regel der l. 35. u. 153. D. de R. J. (50. 17.) eo genere quidquid dissolvi etc. Allein die Nov. cit. bestimmt blos den Fall, wo die Eltern nicht blos unter ihren Kindern testirt, sondern auch eine fremde Person eingesetzt haben, und die zweite Regel kann nur da Platz greifen, wo das Gesetz zu einer Handlung eine gewisse Form vorschreibt. Ueberwiegend scheinen daher die Gründe der bejahenden Meinung, s. Walch Intr. in contr. jur. civ. Sect. II. M. 4. § 8., Madihn Princ. jur. Rom. P. II. § 585., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1347., Jcti. Tub. Vol. II. Cons. 33. 217., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. XI. no. 567.; denn der feierliche oder unfeierliche modus testandi ist nun einmal gesetzlich in die Willkühr der Eltern gestellt, es steht daher nichts der Regel entgegen, daß das frühere durch das spätere Testament aufgehoben werde; l. 29. D. 36. 1. — § 2. 3. J. 2. 17. Nach l. 2. D. 28. 3. wird nur erfordert, daß das testamentum posterius rite perfectum sey, oder ein besonderes privilegium für sich habe; auch spricht für diese Meinung

die Analogie des testam. militis, durch dessen unfeierliches Testament auch das frühere feierliche aufgehoben wird.

Zu 14) Die Nov. 107. c. 2. legt, was eben auch gegen die eben bemerkte Stelle der Notariatsordnung auffallend contrastirt, dem privilegirten Testament der Eltern unter Kindern eine so eminente Kraft bei, daß, wenn der Testirer es widerrufen will, dies nicht anders gelte, als wenn er es vor 7 Zeugen oder in einem vollkommenen Testament thue. Dies ist auch die herrschende Lehre, obgleich auch an diesem Gesetz, dessen genügender Grund nicht schwer zu finden ist, und der damit zusammenhängenden Auth. Cod. de testam. (6. 23.) hoc inter liberos etc. verschiedene Auslegungen versucht worden sind; s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 3. no. 3., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. S. 125. Man pflegt übrigens in Praxi nicht der in den Lehrbüchern häufig aufgestellten Meinung zu folgen, daß selbst ein späteres solennes Testament, ohne Beifügung der clausula cassatoria, nicht genüge, sondern schlechterdings ein ausdrücklicher Widerruf erforderlich sey; s. Mühlenbruch l. c. Bd. XLII. S. 217., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. XI. S. 195., v. Bülow l. c. Th. II. S. 124., Hofacker Princ. jur. civ. § 1386., Franckenfeld Diss. cit. § 24., vergl. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. III. S. 121., Schlüter jurist. Zeitung für das Königreich Hannover Bd. IV. H. 2. S. 66.

Zu 15) Wenn eine solche Disposition mit Zuziehung von 2 Zeugen errichtet wäre, müßte sie wohl von denjenigen, welche nicht die 5 Codicillarzeugen für erforderlich erachten, als gültig angesehen werden; Becker merkw. Rechtsfälle Bd. I. S. 148., s. oben zur Fr. 4.; außerdem müßte der Nießbrauch schon ex alio titulo begründet seyn.

Zu 16) Die Unvollständigkeit kann liegen:

a) in fehlenden Förmlichkeiten,

b) in der Willenserklärung oder dem Inhalt.

Fehlt zu a) etwas, das nach den Gesetzen nothwendig ist, damit das Rechtsgeschäft als das gelte, welches beabsichtet wurde (nämlich als dispositio parentum inter liberos), dann kann dasselbe auch nicht durch die Codicillarclausel als eine also privilegirte Disposition aufrecht erhalten werden; l. 29. pr. D. 28. 1. — l. 11. § 2. D. de legat. III. (32.), Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 404. Es kann aber auch eine Förmlichkeit fehlen, welche nach dem Gesetz wohl nicht nöthig wäre, aber weil sie der Testator ausdrücklich beabsichtet hat, durch die Unterlassung erst zu einer Mangelhaftigkeit wird.

Hat in diesem Fall der Testirer nur irriger Weise noch eine weitere Förmlichkeit für nöthig gehalten, dann ist bei der Unzweifelhaftigkeit seines materiellen Willens offenbar kein Grund vorhanden, seiner Disposition irgend etwas an ihrer Wirksamkeit zu entziehen; s. Glück P. C. Bd. XLIII. S. 188. not. 74. Es kann aber in manchen Fällen zweifelhaft seyn, ob der Testirer die Wirksamkeit seiner Disposition nicht erst von der vorbehaltenen Handlung in allem Ernst abhängig machen wollte; z. B. er hinterläßt einen Entwurf, welcher ganz als dispositio parentum inter liberos gelten könnte, und sich von einem noch nicht zur völligen Bestimmtheit des Willens gediehenen Project deutlich unterscheidet, der Testirer bemerkt aber darin, daß er diese Disposition dem Gericht übergeben, oder daß er noch Zeugen beiziehen wolle und dergl.

Hat der Testirer hier die Gültigkeitsclausel beigefügt, z. B. nach l. 29. § 1. D. 28. 1. hoc testamentum volo esse ratum, quacunque ratione poterit, so fällt freilich jedes Bedenken weg; hat er sie aber unterlassen, so sind die Meinungen verschieden; Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XXXVIII. S. 410, Bd. XLII. S. 138. und 185. not. 74. erklärt sich gegen A. Faber Err. Pragm. Dec. 36. Err. 10. und Wernher Obs. for. P. V. Obs. 248. für die Ungültigkeit der Disposition, fügt aber doch eine solche Modification bei, vermöge deren die Aufrechthaltung derselben selten mißlingen wird, denn er gesteht, daß favor testamenti nicht leicht anzunehmen gestatte, daß der Testator den Rechtsbestand seiner Verfügung von einer an sich unnöthigen Form habe abhängig machen wollen. So ist auch in v. Rülings Entscheidungen des O. A. Ger. in Celle no. 98. angenommen, wenn die Eltern in einem Testament unter ihren Kindern erklärt haben, dasselbe gerichtlich niederlegen zu wollen, dieses aber nachher unterblieben ist, so schade dies der Gültigkeit ihres Testaments nichts.

Zu b) In Ansehung des Inhalts ist in den Gesetzen Alles so genau bestimmt, daß es durchaus nicht an irgend einem Stück fehlen darf, welches sie zur Gültigkeit des Testaments ausdrücklich fordern. Für alle Fälle ist übrigens zu bemerken, daß dergleichen Mängel noch nicht verhindern, daß eine unvollständige dispositio par. inter liber. nicht als eine von sonstigen Förmlichkeiten dispensirte divisio parentum inter liberos gelten könne, wenn sie nur deren gesetzlichen Erfordernissen entspricht.

Zu 17) Das Wesentliche eines solchen Testaments liegt bekanntlich nicht in der gerichtlichen Aufbewahrung, mithin ist die Zurücknahme eben so willkührlich, und wenn sich das Testament unversehrt beim Testirer vorgefunden hat, so kann dies in Ermangelung anderer Kennzeichen seiner

auf Widerruf gerichteten Absicht, s. l. 19. C. 6. 23., Stryck de cautel. testam. cap. 24. § 38., Leyser Sp. 359. Med. 13., der fortdauernden Gültigkeit desselben nicht schaden; Schmidt hinterlassene Abhandlungen Th. II. S. 11.

Divisio parentum inter liberos.

Nach R. R. ist eine Theilung der Eltern unter Kindern, als deren Object immer nur das Vermögen als ein Ganzes gedacht werden darf, s. Nov. 18. c. 7. Nov. 107. c. 3., dadurch eigenthümlich charakterisirt, daß dabei nicht über das Erbrecht, sondern unter Voraussetzung der gesetzlichen Erbfolge, durch welche die Erbschaftsquoten schon bestimmt und daher einer anderweiten Bestimmung entzogen sind, unmittelbar über die Erbschaftsgegenstände disponirt wird.*) Darin liegt der Grund, warum eine namentliche Erbeinsetzung der Kinder darin nicht nöthig ist, s. v. Rüling Entscheidungen des O. A. Ger. in Celle no. 34. und die Solennitäten des testamenti parentum inter liberos wegfallen; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 233. Sie erscheint daher entweder als ein purer Act der elterlichen Autorität, wenn der Aufsatz darüber, welcher ohne alle Solennität gilt, blos von den Eltern unterschrieben ist, oder als ein Uebereinkommen der Kinder unter sich, unter elterlicher Zustimmung, wenn diese nebst den Eltern oder auch nur unter deren stillschweigender Zustimmung unterzeichnet haben. Für die Eltern aber behält der Act in beiden Fällen nur eine widerrufliche Natur; Schweppe röm. Privatrecht Bd. V. § 820., Glück P. C. Bd. XLII. S. 243. Eine divisio par. inter lib. kann weder eine eigentliche Erbeinsetzung noch Enterbung oder Ausschließung der Notherben enthalten. Ist ein Kind übergangen, so kann es seinen vollen Intestaterbtheil auch an den vertheilten Sachen verlangen; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X.

---

*) Daher kann auch von der qu. inofficiosi bei der divisio parentum inter liberos nicht die Rede seyn, denn es tritt ja bei ihr die Intestaterbfolge ein. Hat der parens das ganze Vermögen vertheilt, so kann act. ad supplendam legitimam eintreten. Betrifft aber die Theilung nur einen Theil des Vermögens, so succediren die Kinder in das Uebrige nach den Bestimmungen der Intestaterbfolge, v. Pufendorf Observationen S. 46., oder nach dem Verhältniß der Erbtheile, zu welchen sie in einem etwaigen Testament eingesetzt sind.

S. 867. Da nach deutschem Recht h. z. T. eine Theilung der Eltern unter Kindern auch durch Vertrag stattfindet, und wohl häufiger in dieser Art vorkommen kann, so fragt sich:

1) ob im Zweifel eine vertragsmäßige, mithin unwiderrufliche Theilung anzunehmen sey, oder ob die Widerruflichkeit die Regel ausmache?
2) ob in einer elterlichen Gütertheilung auch Collationsverbindlichkeiten angeordnet werden können?
3) ob die Kinder schuldig sind, sich gegenseitig die Gewähr zu leisten, wenn ihr Vater sein Vermögen unter sie vertheilt hat?
4) Man setze den Fall: ein Vater vertheilt seine Güter und übergibt sie seinen Söhnen, Töchtern und einem Enkel von seiner bereits verstorbenen Tochter, in der Folge aber stirbt der Enkel noch vor ihm, fällt dann der Gütertheil des Enkels dessen Vater als gesetzlichem Erben zu, oder fällt er an dessen Großvater zurück?

Zu 1) Natura actus involvirt an sich nicht einen Vertrag. Die vertragsmäßige Eigenschaft einer Theilung der Eltern unter Kindern, zu welcher diese auch schon eingewilliget haben, kann daher nur dann angenommen werden, wenn die Absicht einer unwiderruflichen Verpflichtung aller Betheiligten ganz unzweifelhaft aus der Fassung hervorgeht; s. Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. IV. S. 107. Ist jedoch eine solche Theilung der Eltern unter ihren Kindern nach dem Tode jener von diesen sämmtlich verbis vel factis anerkannt, so erhält sie dadurch verbindende Kraft. Von der divis. par. int. liber. muß aber eine förmliche Güterabtretung wohl unterschieden werden, welche gewöhnlich als ein zweiseitiges Geschäft, und, wenn damit nicht eine Vertheilung des übrigen Nachlasses unter den Kindern verbunden wird, als ein Geschäft ganz anderer Art erscheint; s. Pfeiffer l. c., vergl. v. Batz Abhandl. über verschiedene Gegenstände des natürlichen und positiven Rechts no. 242. von der Natur elterlicher Vermögenstheilungen.

Zu 2) Daß die Collation in einer solchen Verfügung erlassen werden könne, ist unbestritten; s. Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XLII. S. 236. vergl. l. 39. § 1. D. 10. 2. — Nov. 18. c. 6. u. Auth. ex testamento C. de collat. (6. 20.) Bestritten aber ist, ob darin eine Collation, welche nach den Gesetzen nicht gefordert werden könnte, auf verbindende Weise angeordnet werden könne; und allerdings wird man dies verneinen müssen, weil die Grundlage einer elterlichen



Gütertheilung immer nur die gesetzliche Erbfolge seyn kann, mithin keine andere Collationsverbindlichkeit, als welche in den Gesetzen begründet ist, festgesetzt werden kann; s. v. Bülow Abhandl. Bd. I. S. 209.

Zu 3) Es wird hie und da als communis opinio Doctorum behauptet, daß Eviction nicht gefordert werden könne, weil es ja dem Vater frei stehe, sein Vermögen gleich oder ungleich zu vertheilen, und auch bei Schenkungen keine Eviction gefordert werden kann; Gaill Obs. Lib. II. Obs. 116., Cocceji jus controv. Lib. X. tit. 2. § 11. Die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung aber, z. B. Stryck Us. mod. Pand. Lib. X. tit. 2. § 9., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 280., Walch Controv. jur. civ. p. 672. (Ed. 3.), Schilter Ex. XX. th. 86., Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XLII. S. 242., Buchholz Lehre v. d. Prälegaten S. 233. und 239. leiten die Evictionsverbindlichkeit aus dem präsumtiven Willen der Eltern ab, und berufen sich dafür vorzüglich auf l. 77. § 8. D. de legat. II. (31.) und l. 33. D. 10. 2. Diese Meinung scheint allerdings der ersteren vorgezogen werden zu müssen, denn:

a) die Präsumtion für Gleichstellung der Kinder ist in den Gesetzen selbst stabilirt, indem sie die Grundlage der Lehre von der Collation ausmacht;

b) indem die Eltern dem einen Kind Dieses, dem andern Jenes zuwenden, muß ihre Absicht auch auf das Interesse gerichtet angenommen werden, falls die Realisirung durch eine unvorhergesehene Unmöglichkeit vereitelt würde. Die von den Eltern vorgenommene Theilung ist nur eine Modalität der Intestaterbtheilung, aber im Wesen dasselbe, mithin muß sie auch deren unzweifelhaften Regeln folgen.

c) Es ist, auch wenn der Pflichttheil überstiegen wird, doch eigentlich nicht als eine Schenkung zu betrachten, wenn Eltern das gesetzliche Erbrecht ihrer Kinder anerkennen. Die l. 77. § 8. cit. läßt darüber keinem Zweifel Raum, denn es wird darin ein solcher Fall, wo einem der Söhne eine gewisse Sache fideicommißweise hinterlassen ist, genau unterschieden von dem Fall, wenn der Vater eine Theilung unter seinen Kindern gemacht hat, und die Eviction nur nicht im ersteren, wohl aber im letzteren statuirt, und zwar unter ausdrücklicher Beziehung auf den vermutheten Willen des Vaters. Auch l. 33. D. 10. 2. mag zur Bestätigung dienen, denn man kann diese freilich sehr dunkle Gesetzstelle wohl nicht anders als so verstehen: wenn ein Vater, indem er seinen beiden Söhnen Landgüter vermachte, selbst die Vertheilung

vorgenommen hat, und das eine dieser Güter mit einer Hypothekschuld belastet war, das andere nicht, so ist der Eine sein erbschaftliches Recht an dem hypothekfreien Gut*), das dem Andern zugewiesen ist, diesem nicht anders abzutreten schuldig, als wenn dieser das andere von der Hypothek zu befreien für seinen Antheil zu concurriren bereit ist.

Zu 4) Nach den Bemerkungen im Eingang und zur Fr. 1. muß man außer dem besondern Fall eines durch förmlichen Vertrag erworbenen Rechts für den Rückfall an den Großvater entscheiden; divisio inter liberos est species ultimae voluntatis, quae, si per mortem testatoris vim atque effectum nondum sortita est, semper potest revocari; Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 4. § 6. not. 9., Wernher Obs. P. I. obs. 5., Pfitzer über die Collation § 109. Von einem Accrescenzrecht kann dabei nicht die Rede seyn, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 866.

§ 6. Von der Erbeinsetzung.

Inst. II. 14. Dig. XXVIII. 5. de heredibus instituendis. Cod. VI. 24. de heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt.

Voranzustellen ist hier der römischrechtliche Begriff eines Erben, welcher darauf beruht, daß durch den Erbschaftsantritt die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers auf den Erben übergeht, gleichviel, ob der Erben nur Einer oder deren Mehrere sind. Immer ist jeder Erbe Universalsuccessor, also heres ex asse, nur die Ausübung des Erbrechts kann im zweiten Fall beschränkt seyn. Solo concursu fiunt partes. Aus dem aufgestellten Begriff folgt von selbst, daß eine deficirende oder unvertheilt gebliebene Portion nothwendig den Miterben zufällt; l. 80. § 1. D. 29. 2. — l. 59. § 5. D. 28. 5. — l. 35. pr D. 29. 2. Ferner: wenn Jemand auf 2 Portionen eingesetzt ist, auf eine unbedingt, auf die andere unter einer Suspensivbedingung, so folgt ihm die zweite Portion in Folge seiner Erbschaftsantretung von selbst nach, sobald die Bedingung existent geworden ist. Aber auch sogar adhuc pen-

*) Beide Söhne stehen nämlich als Erben beider Güter in gleichem Verhältniß und haben ursprünglich ein ungetheiltes Recht an dem Ganzen der Erbschaft.

dente conditione kann ihm die Erbschaft schon so vollständig erworben seyn, daß er sie auf seine Erben transmittirt, wie folgender Fall zeigt: wenn ein einziger Erbe auf eine Portion unbedingt, auf die andere sub conditione suspensiva eingesetzt ist, so steht seinem vollständigen Erwerb nichts entgegen, denn kommt die Bedingung in Erfüllung, so ist sie ja purificirt; und deficirt sie, so ist kein Concurrent gegeben, sofern nicht ein Substitut oder ein Miterbe für den bedingten Theil ernannt ist; l. 33. D. 28. 5. — l. 59. § 6. D. 28. 5. — l. 52. § 1. D. 29. 2., Fuchs im civil. Archiv Bd. XXXIX. S. 241.

Nächst den als bekannt vorauszusetzenden Bedingungen der testamenti factio passiva und des jus capiendi, s. v. Vangerow Pand. § 429. u. Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 360., Bd. XXXIX. S. 158. u. 179., kommen in Ansehung der Modalitäten der Erbeinsetzung folgende Fragen in Betracht:

1) Welcher Zeitpunkt ist für die Fähigkeit des Erben bei einer bedingten Erbeinsetzung der entscheidende?
2) Wenn es gleich zu einer gültigen Erbeinsetzung genügt, daß die Benennung oder Bezeichnung des Erben keinen Zweifel über die Individualität übrig läßt, § 29. J. 2. 20. — l. 9. pr. § 8. l. 62. § 1. D. 28. 5., so fragt sich doch, ob eine Erbeinsetzung auch implicite geschehen könne, oder nothwendig dispositive geschehen müsse; z. B. wenn der Testirende sagt: „ich setze den T. zum Erben ein, wenn M. vor mir mit Tod abgegangen seyn wird" — ist dann M. als instituirt anzusehen? oder, wenn es heißt: „ich setze den E. zum Erben ein, würde aber derselbe ohne Kinder sterben, so soll die Erbschaft an den Z. fallen" — sind da die Kinder des E. als Fideicommissare eingesetzt anzusehen?
3) Es versteht sich zwar von selbst, daß, wenn nur Ein Erbe eingesetzt ist, dieser das Ganze erhält*), wenn aber Mehrere ohne Bestimmung eines Theilverhältnisses eingesetzt sind,

*) Ueber die Regel: daß heres unicus ex re certa scriptus die ganze Erbschaft erwerbe, s. Pfeiffer Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel Bd. I. S. 37., wo gezeigt ist, daß h. z. T. dieselbe nicht immer anwendbar sey, denn der Erblasser testirt oft nur deswegen über gewisse Gegenstände seines Vermögens, weil andere, z. B. Lehen, Stammgüter u. dergl., einer anderen rechtlichen Bestimmung unterworfen sind; cf. Leyser Sp. 361. Med. 3., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 28. tit. 5. § 5—8.

nach welchen Grundsätzen richtet sich dann die Vertheilung?

4) Wenn von mehreren Erben Einer auf eine gewisse Sache eingesetzt ist, die Andern aber schlechthin oder mit Bestimmung der Erbtheile instituirt sind, ist dann der heres in re certa institutus nicht vielmehr nur als Legatar zu beurtheilen?

5) Wenn Mehrere zu Erben eingesetzt sind, doch so, daß Jedem eine gewisse Sache angewiesen ist, z. B A. soll mein Haus haben, B meine Aecker, C. meinen Garten, und diese Gegenstände von sehr ungleichem Werth sind, nach welchem Verhältniß müssen dann diese Erben zu den Schulden des Erblassers concurriren?

6) Wenn Mehrere zu Erben in einem gewissen Gut nach bestimmten Theilen eingesetzt sind, z. B. A. zu ¼, B. zu ¾, gilt da der nämliche Grundsatz?

7) Wer ist in dem Fall als eigentlicher Erbe anzusehen, wenn der Erblasser den A. in den Nießbrauch seines Vermögens zum Erben eingesetzt, dabei aber verordnet hat, daß nach dessen Tod B. sein Erbe seyn soll?

8) Wenn Jemand also testirt: „T. soll zugleich mit seinen Söhnen und S. sollen meine Erben seyn" — sind dann Kopftheile oder zwei Hälften zu machen?

Anmerkung. Von Erbeinsetzungen unter alternativen od. mehreren Bedingungen s. oben S. 611. u. 612. Kap. III. § 4. Fr. 6. u. 8. u. über die Frage, ob der Satz des röm. Rechts: daß eine Erbeinsetzung nicht in die Willkühr eines Dritten gestellt werden könne, durch das canonische Recht aufgehoben sey? s. oben S. 604. Kap. III. § 3. Fr. 6.

Zu 1) Nach einer älteren Meinung müßte zwar dann die Erbfähigkeit in drei Zeitpunkten, nämlich der Testamentserrichtung, des Todesfalls des Testators und der Erfüllung der Bedingung stattgefunden haben, s. Höpfners Institt. Comm. § 482. not. 4., allein dieses ist hinlänglich widerlegt in G. H. Lehr Erörterung der Frage: in welchem Zeitpunkt der Testamentserbe oder Legatar erbfähig seyn müsse? Darmstadt 1792. Die Natur der Sache bietet keine andere Verschiedenheit im Gegensatz der unbedingten Erbeinsetzung dar, als daß an die Stelle der Todeszeit des Erblassers die der existent gewordenen Bedingung tritt, folglich zu dieser und zur Zeit der Testamentserrichtung die Erbfähigkeit

bestanden und bis zur wirklichen Erwerbung fortgedauert haben müsse; s. Glück P. C. Bd. XXXIX. S. 128., Thibaut System § 947.

Zu 2) Nach dem Pandectenrecht, s. l. 16. D. 28. 6. — l. 19. D. 28. 5., ist die Regel wohl unzweifelhaft: positus in conditione non est positus in dispositione, wonach in den unterstellten Fällen weder M. noch die Kinder des E. als eingesetzt gelten könnten, und dafür ist auch die gemeine Meinung so ziemlich entschieden; s. die Lehrbücher von Schweppe § 809., v. Wening-Ingenheim § 455., Mühlenbruch § 666., Puchta § 466. not. 1. Wohl scheint der vernünftigen Beurtheilung des Richters mehr Freiheit durch die Verordnung des Codex l. 15. C. 6. 23. gestattet zu seyn, welche das alte Formularwesen mit den Worten beseitigt: in quolibet loquendi genere formata institutio valet, und deshalb hat auch die Meinung, daß die Entscheidung sich jedesmal nur nach der aus den Umständen des einzelnen Falls erkennbaren Absicht des Testators zu richten habe, bedeutende Anhänger gefunden, cf. J. H. Boehmer de verbis directis et obliquis § 16. in Exerc. ad Pand. I. no. 4., Höpfner Institt. Comm. § 474. not. 4. a. E., Heisler D. de liberis positis in conditione comprehensis etiam in dispositione § 13. und 18. Halae 1754., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 449. not. 1. Am meisten läßt sich für diese Meinung in Betreff des zweiten in unserer Frage unterstellten Falles (einer Substitution) sagen, auf welchen auch Heisler l. c. seine Vertheidigung beschränkt, denn Fideicommisse können ja auch stillschweigend angeordnet werden, l. 37. D. 28. 5., aber im Allgemeinen die Pandectenregel durch die angeführte Stelle des Codex für aufgehoben zu achten, findet Mühlenbruch*) in Glücks P. C. Bd. XL. S. 234. besonders deswegen bedenklich, weil dieselbe älter sey, als die Pandecten, und weil sie auch nicht eigentlich das Gegentheil ausspreche. Sie sagt freilich sehr ausdrucksvoll: quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum, placuit, ademtis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat aut inflexis.**) Damit ist aber gleichwohl der herrschenden

*) welcher sich vorzüglich die Widerlegung Heislers zur Aufgabe gemacht hat, und auch die in l. 1. C. 2. 2. (vergl. die deutsche Uebers. des Corp. jur. Bd. V. S. 277. not. 6.) gegebene Entscheidung gegen den Fideicommißerben, freilich sehr zweifelhafter Weise, daraus erklärt, daß dieser in conditione positus war.

**) Die deutsche Uebersetzung liest: „in directen (unmittelbaren) oder indirecten (mittelbaren) Worten."

Meinung nach nicht der Grundsatz ausgeschlossen, daß eine Erbeinsetzung dispositivis verbis geschehen müsse. (Vergl. jedoch das folgende Kap. IV. § 1 b. Fr. 9.)

Zu 3) Die Regel: in dubio partes esse aequales, kann durch die Constructionsweise eine Abweichung erleiden; z. B. der Erblasser sagte: „A. und B. sollen meine Erben seyn, C. soll mein Erbe seyn.“ Wenn auf solche Art conjuncti im Gegensatz mit einem disjunctus stehen, so gilt die Regel: plures personae in eadem propositione nominatae pro una habentur, mithin wird die Erbschaft in zwei Hälften getheilt, wovon dem A. und B. zusammen die eine, dem C. die andere zukommt; l. 11. l. 59. § 2. D. 28. 5. — cf. l. 15. pr. D. eod. l. 142. D. 50. 16. Die bemerkte Folge der disjunctiven Stellung zu conjunctis kann aber durch einen ausgleichenden Zusatz aufgehoben werden, z. B. nach l. 13. pr. D. 28. 5., wenn es heißt: Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto, so wird angenommen, daß durchaus Virilportionen stattfinden, wäre aber der Beisatz aeque weggelassen, so würde dem Primus die Hälfte, und den durch einen Collectivnamen verbundenen (sc. fratris filiis) die andere Hälfte zuzutheilen seyn.*) cf. l. 66. D. 28. 5., Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XL. S. 112.

Zu 4) Mehrere wollen, besonders wegen l. 13. C. 6. 24., einen also Instituirten in allen Beziehungen nur als Legatar behandelt wissen, s. Thibaut System § 669. S. 613. (Ed. 8.), theilweise, nämlich blos im Verhältniß

*) Dafür entscheidet aber in diesem Fall noch ein anderer Grund; wenn nämlich der Erblasser mehrere Verwandte, welche seine Intestaterben zu ungleichen Theilen geworden wären, ohne Theilbestimmung zu Erben einsetzt, so darf man wohl mit Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 28. tit. 5. § 14. annehmen: in dubio testator juris communis dispositionem secutus videtur. Eine Abweichung hätte einer deutlichen Erklärung bedurft. Bei der heutigen Ausdrucksweise werden diese und andere confuse Bestimmungen in Testamenten wohl selten vorkommen. In Ansehung der Regeln für die Fälle, wenn der Testirer zu wenig oder zu viel vertheilt hat, siehe l. 13. § 2. u. 4—7. D. 28. 5. — § 6. u. 7. J. 2. 14., oder wenn die Zahl der Erben sich verändert hat, l. 13. pr. D. 28. 2. — l. 47. § 1. l. 81. pr. D. 28. 5., oder wenn einige Erben auf Theile der Erbschaft, andere unbestimmt eingesetzt sind, l. 17. pr. § 1—5. D. 28. 5. u. dergl., für welche ein praktisches Bedürfniß so selten erscheint, wird hier füglich auf die ausführlichen Erörterungen Anderer verwiesen werden können; s. Schrader civilist. Abhandlungen no. 4.; Cocceji jus controv. Lib. 28. tit. 5. qu. 11., Schweikart in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 372., Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XL. S. 19., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 449. not. 3., welcher sich über alle früheren Discussionen gründlich verbreitet.



zu den andern Erben, auch Höpfner im Instit. Comm. § 494., Leyser Med. Sp. 361., früher auch Glück P. C. Bd. IX. S. 187. not. 33., welcher aber im Bd. XXXIV. S. 360. seine Meinung eben so wie Mühlenbruch die in der Doctr. Pand. § 666. not. 5. aufgestellte später in der Forts. von Glücks P. C. Bd. XXXVI. S. 353. not. 93. und theilweise wieder im Bd. XL. S. 169. abgeändert hat. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 449. not. 2. hält dafür, der heres ex re certa sey wahrer Erbe, nur daß bei ihm die Singularität eintritt, daß die ihm zugewiesenen res certae seine Erbportion bilden, daß er also zwar nur auf die einzelne ihm angewiesene Sache beschränkt und so außer aller Beziehung zu den Erbschaftsforderungen und Erbschaftsschulden gesetzt, aber rücksichtlich dieser ihm angewiesenen Sache wahres Erbrecht durch das judicium famil. ercisc. nach l. 35. pr. D. 28. 5. cf. l. 1. Greg. Cod. de fam. ercisc. et communi divid. geltend zu machen, und auch gegen Dritte zu Vindicationen berechtigt ist, auch selbst wenn er nur auf den Nießbrauch tanquam in re certa eingesetzt wäre, allerdings, s. G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. S. 127., die ganze Erbschaft alsdann in Anspruch nehmen kann, wenn kein Miterbe da ist, l. 1. § 4. D. 28. 5. — l. 41. § 8. D. 28. 6. — l. 29. D. 36. 1. — § 3. J. 2. 17., daß ihm, wenn einzelne Miterben ausfallen, das jus accrescendi zukommt; daß er auch, wenn er ein Notherbe ist, und die res certa nicht den Pflichttheil erreicht, nach Nov. 115. c. 3. die Ergänzungsklage anzustellen hat, endlich ihm nicht, wie Legataren, die quarta Falcidia abgezogen werden darf, vielmehr er zu deren Abzug gegen die Legatare berechtigt ist. Damit stimmen überein Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 810., Franke Recht des Notherben S. 338., welchen früher vorangegangen war Hennemann Untersuchung zweier Rechtsfragen*) S. 8., Volkmann D. de hered. e re certa scriptis § 12.

Allein gegen die Behauptung, der heres ex re certa sey immerhin Erbe nur mit der vorhin bemerkten Singularität, läßt sich einwenden, daß das keine Singularität mehr genannt werden kann, was den wesentlichen juristischen Charakter eines Erben, nämlich successio in jus universum defuncti vernichtet, und daß es nicht denkbar ist, daß man zugleich successor in rem singulam und per universitatem sey; auch scheinen alle Bemühungen, die jener Ansicht geradezu entgegenstehende

*) No. 1. ob ein in gewisser Sache eingesetzter Erbe neben einem ohne gleiche Beschränkung eingesetzten als Legatarius anzusehen sey.

l. 13. C. 6. 24.*) durch Auslegungskunst außer Widerspruch zu setzen, gar sehr gezwungen.

Am meisten scheint sich daher die neueste von v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. XIX. S. 73. rc. aufgestellte Ansicht zu empfehlen, welche dahin geht:

Gewiß ist es, daß der heres ex re certa, wenn neben ihm kein Anderer zum Erben eingesetzt worden, die ganze Erbschaft bekömmt; l. 1. § 4. D. 28. 5. — l. 41. § 8. in f. D. 28. 6. si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio, detracta fundi mentione.

Ein solcher wird also so behandelt, als wenn der res certa gar keine Erwähnung geschehen wäre, daher rumpirt auch ein späteres Testament, in welchem ein heres ex re certa eingesetzt worden, das frühere, und der institutus ex re certa kann, wenn er mit einem fideicommisso hereditatis beschwert worden, die quarta abziehen, wenn die res certa, welche er behält, weniger beträgt; § 3. J. 2. 17. — l. 29. D. 36. 1. Nach demselben Princip theilen mehrere ex re certa instituti die ganze Erbschaft, selbst wenn sie auf Quoten derselben Sache eingesetzt sind. Perinde habendum, ac si nec fundum nec partes nominasset testator l. 10. l. 11. l. 35. l. 78. D. 28. 5. vorausgesetzt im letzteren Fall, si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur. Die Sachen, auf welche die Erbeinsetzungen stattgefunden haben, bekommen sie als Prälegat. Diese Prälegata sind wie andere dem Abzug der quarta Falcidia unterworfen, l. 78. pr. D. 28. 5. — und es findet wegen dieser Prälegate, wie bei dem Prälegat überhaupt, die act. familiae erciscundae Statt, s. l. 35. D. 28. 5., welche allerdings nur von dem Falle handelt, wo mehrere ex re certa instituirt sind, und keine Miterben haben. Allen diesen Gesetzstellen liegt der Gedanke deutlich zum Grunde, die institutio ex re certa sey eigentlich keine gehörige Institution, jedoch werde sie erhalten dadurch, daß man sich die Erwähnung der Sache hinwegdenke; cf. l. 9. § 13. D. 28. 5. Dies geht aber dann nicht an, wenn neben einem solchen institutus ex re

---

*) Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, *quos legatariorum loco haberi certum est*, alii vero ex certa parte, vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.

certa Andere entweder mit oder ohne Bestimmung von Quoten zu Erben eingesetzt sind. Wenn er mit diesen concurrirt, kann er nur als Legatar behandelt werden, und wenn diese wegfallen, als bedingt Instituirter.

Zu 5) Die drei Erben müssen gleichwohl gleichheitlich concurriren, indem die ihnen angewiesenen Objecte als Voraus und nicht als Erbquote zu betrachten sind, fundos enim vice praeceptionis accipiendos; l. 35. § 1. l. 78. pr. D. 28. 5.

Zu 6) In der Regel gilt hier dasselbe; es wird also auf die Erwähnung des Grundstücks keine Rücksicht genommen, sondern die Sache so angesehen, als wären A. und B. ohne Bestimmung von eigentlichen Erbtheilen eingesetzt, doch ist hier der Beisatz in der diesen Fall entscheidenden l. 9. § 13. D. 28. 5. zu beachten: si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur; denn es könnte ja der Fall seyn, daß der Erblasser außer dem zur Erbschaft angewiesenen Grundstück so viel als nichts hinterlassen hätte und wirklich die Theile des fundus als Erbquoten habe bezeichnen wollen; cf. l. 10. D. 28. 5., Glück P. E. Bd. XL. S. 179.

Zu 7) Man kann eine solche Anordnung auf verschiedene Weise auffassen:

a) so daß die Absicht des Testirers für den A. auf Institution, für den B. aber auf Substitution gerichtet sey, und zwar auf vulgäre, wenn A. gar nicht Erbe würde, auf fideicommissarische, wenn B. den A. überleben wird. Wenn z. B. der Testator sagte: ich setze meine Frau zur Erbin im Nießbrauch meines gesammten Vermögens ein, nach ihrem Tode soll N. mein Erbe seyn, so wäre dies so zu verstehen: meine Frau setze ich zur Erbin ein, es soll aber nach deren Tode die Erbschaft ohne allen Abzug dem N. restituirt werden; s. Mühlenbruch Forts. von Glücks P. E. Bd. XL. S. 186. mit Bezug auf Huber Prael. ad Dig. 28. 5., Müller ad Struv. Ex. 30. § 6. Oder

b) der zum Nießbrauch berufene A. werde durch die bloße Bezeichnung als Erbe nicht wahrer Erbe, denn für den Erwerb ex tit. universali reiche die bloße Bezeichnung als Erbe nach l. 13. C. 6. 24. nicht hin. Als heres in re singulari (sc. usufructu) könne er nur als Legatar betrachtet werden. B. sey vielmehr wahrer Erbe, wenn gleich ex die incerto, jedoch mit der Verbindlichkeit, dem A. den Ususfruct zu gewähren; s. Thibaut System § 956. (Ed. 8.), Glück P. E. Bd. IX. S. 185., Seuffert und Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIX. S. 108., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. Buch V. § 351.

c) Nach einer dritten Meinung sollen sowohl A. als B. als Erben gelten, A. im Nießbrauch, B. in der Substanz, letzterer jedoch nur ex die incerto, mithin bedingt, falls er den A. überleben wird; s. Hennemann Untersuch. zweier Rechtsfragen Fr. 2. § 5. u. 6.

Die zweite dieser Meinungen scheint die überwiegende zu seyn.

Zu 8) Die l. 11. C. 6. 26. entscheidet: daß Titius mit seinen Söhnen die eine Hälfte, die zweite Hälfte aber Sempronius zu erhalten habe. Diese Entscheidung scheint außer dem im Gesetz angeführten Grund, „daß schon von Natur Vater und Sohn fast für Eine Person angesehen werden," auch durch das zur Fr. 3. Bemerkte gerechtfertiget zu werden.

Note. Von den einer Erbeinsetzung beigefügten Bedingungen s. oben S. 606. Kap. III. § 4.

Testamentum mysticum.

Bekanntlich kann — obgleich nach gemeinem Recht die Erbeinsetzung ein wesentliches Erforderniß der Testamente ist — doch die Benennung des Erben in demselben durch Verweisung auf eine schriftliche Urkunde (Scheda testamentaria), in welcher dessen Benennung enthalten ist, umgangen werden. Findet dies aber auch Statt, wenn der Erblasser mündlich testirt?

In Ansehung dieser Streitfrage behaupten die Vertheidiger der bejahenden wie der verneinenden Meinung, daß die ihrige in Praxi angenommen sey. Von der ersteren scheint dies indeß mit mehr Grund behauptet werden zu können, da sie sogar in mehrere Gesetzbücher übergegangen ist; s. Würtemberg. Landr. Th. III. Tit. 3. § 12., Cod. Civil. Bavar. P. III. cap. 3. § 6. Selbst mehrere von Glück P. C. Bd. XXXV. S. 14. u. S. 21. not. 30. für seine verneinende Meinung angeführte Gewährsmänner erkennen umgewandt vielmehr die bejahende als die in Praxi angenommene an; namentlich Thibaut System § 832. der neuesten u. § 695. der älteren Ausg., u. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1269.; auch ist den von Glück l. c. not. 18. angeführten Vertheidigern der bejahenden Meinung noch beizuzählen Hommel Rhaps. Vol. III. Obs. 448. Allerdings spricht für die vorzüglich

von Glück l. c. und Gebr. Overbeck Meditt. Bd V. no. 309. ausgeführte verneinende Meinung der Buchstabe der Gesetze, nämlich außer der Notariatsordnung v. J. 1512. Tit. 2. § 8., welche allenfalls nur als eine generelle Beschreibung des nuncupativen im Gegensatz des schriftlichen angesehen werden könnte, besonders l. 21. pr. D. 28. 1. u. l. 21. § 2. C. 6. 23. heredes palam ita, ut exaudiri possint, nuncupandi sunt. Auch muß man zugestehen, daß in den Gesetzen nur bei schriftlichen Testamenten die Licenz: et si ita scripserit: cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi heres esto, pari ratione dicendum erit, institutionem valere, nullo jure impediente, als eine Methode, den Zeugen den Namen des Erben geheim zu halten, vorkömmt. Daß sie aber durch die vorangeführten Gesetze beim nuncupativen Testament als bestimmt ausgeschlossen anzusehen seyn sollte, konnten immerhin die Praktiker deswegen nicht als ausgemacht annehmen, weil jene Gesetze immer ein durchaus mündlich errichtetes Testament voraussetzen, von welchem natürlich die öffentliche Benennung des Erben unzertrennlich ist. Insbesondere kann die von den Gegnern angeführte l. 29. C. 6. 23. gar nichts für sie beweisen, weil hier von dem Testament eines literarum imperiti die Rede ist, welchem die Hinweisung auf eine irgendwo von ihm niedergelegte schriftliche Aufzeichnung nicht möglich ist. Aber auch die l. 26. C. 6. 23. scheint in ihren Eingangsworten: in testamentis sine scriptis faciendis omnem formalem observationem penitus amputamus, mehr für die Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze zu sprechen, daß die bestimmte Bezeichnung eines Gegenstands der Benennung gleich gelte; l. 9. § 8. D. 28. 5. si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit — valet institutio, u. l. 34. D. 35. 1. demonstratio vice nominis fungitur. Dem palam nuncupare scheint also auf diese Art gleiches Genüge zu geschehen, wenn der Testirer den versammelten Zeugen erklärt: der Name meines Erben findet sich in einem versiegelten Zettel in meinem Schreibtisch aufgezeichnet. Wenn man auch für diese Meinung die l. 58. pr. D. 28. 5.: nemo dubitat, recte ita heredem nuncupari posse: hic mihi heres esto, cum sit coram, qui ostenditur, deswegen nicht als entscheidend gelten läßt, weil hier wirklich der Erbe den Zeugen vergegenwärtiget wird, so fordern doch andere Gesetze nicht gerade die Vergegenwärtigung zur Wirksamkeit der Bezeichnung; s. l. 6. D. 12. 1. nihil referre, proprio nomine an res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur, quatenus mutua vice fungantur, quae tantundem praestent. Relative Anordnungen des Testirers läßt auch l. 25. D. 34. 5. gelten. Verschiedene Fragen, die Gül-

tigkeit der Aufschriftsacte der mystischen Testamente betr., s. v. Strombeck Samml. von Entscheidungen des Appellhofs zu Celle S. 176.

---

§ 7. Von Substitutionen.

Inst. II. 15. de vulgari substitutione. II. 16. de pupillari substitutione. Dig. XXVIII. 6. de vulgari et pupillari substitutione. Cod. VI. 26. de impuberum et aliis substitutionibus.

a) überhaupt.

Voraus ist der Hauptunterschied zwischen Vulgar- und Pupillar-Substitution zu beachten. Nur dem Vater ist es erlaubt, seinem unmündigen Kind Erben zu ernennen, (Pupillar-Substitution); im Gegensatze davon heißt die Ernennung eines Erben für den Fall, daß ein Vorernannter nicht Erbe würde, vulgaris substitutio. Hieran knüpfen sich folgende Fragen:

1) Die Vulgarsubstitution begreift zwar, wenn sie in allgemeinen Ausdrücken gefaßt ist, sowohl den Fall des Nichtwollens als des Nichtkönnens auf Seite dessen, welcher zunächst Erbe werden soll, unstreitig in sich; wie aber, wenn der Testirer gesagt hätte: „A. soll mein Erbe seyn, will er aber meine Erbschaft nicht antreten, so soll sie B. haben," oder: „A. soll mein Erbe seyn, wenn er es aber nicht werden kann, so soll B. meine Erbschaft haben;" wird dann im ersten Fall, wenn A. vor dem Testator stirbt, auch dieser Fall des Nichtwollens und im zweiten Fall auch das Nichtkönnen stillschweigend begriffen erachtet, somit die Substitution auf jeden Fall aufrecht erhalten?
2) Wenn der Testator Jemand als Pupillarsubstituten berufen hat, ist dieser dann stillschweigend auch als vulgariter substituirt zu betrachten?

2[a]) Ist in der Vulgarsubstitution immer die Pupillarsubstitution stillschweigend von selbst begriffen?

3) Zuweilen substituirt ein Erblasser mehrere in seinem Testament ernannte Erben einander wechselseitig (substitutio breviloqua s. mutua), z. B. „A., B. und C. sollen meine Erben seyn, und ich substituire sie einander." Da dies auf den ersten Anblick eine überflüssige Sache scheint, weil Miterben ja ohnedies die vacanten Portionen jure accrescendi erhalten,

so fragt es sich, in welchen Hinsichten sich denn doch eine Verschiedenheit zeigt?

4) Bekanntlich sind die Antheile mehrerer neben einander durch die reciproke Substitution berufener Erben an der ausfallenden Portion nach derselben Proportion, nach welcher sie institutirt waren, zu berechnen, so daß, wenn der Testator verordnet hat: A., B. und C. sollen meine Erben seyn, und zwar A. zu ¼, B. zur Hälfte und C. zu ¼, und ich substituire sie einander," und A. könnte oder wollte nicht erben, so bekommt B. von dem ausfallenden Antheil des A. zwei Theile und C. nur einen Theil, l. 5. l. 24. l. 41. § 1. D. 28. 6.; wie aber, wenn der Testator neben jenen noch eine fremde Person substituirt hat?

5) Wenn der Instituirte, während er von dem Deliberationsrecht Gebrauch machte, also ohne die Erbschaft angetreten zu haben, stirbt, gehen da seine Erben dem Substituirten, oder geht dieser jenen vor?

5[a]) Wenn ein Legat vom Testirer auf einen entfernteren Zeitpunkt ausgesetzt ist, welchen der Legatar, dem zugleich substituirt ist, nicht erlebt, so kann es zweifelhaft werden, ob der Substitut oder der Erbe des nach der Delation, aber vor der Acquisition verstorbenen Legatars zu dem Legat berechtigt ist?

6) Bekanntlich tritt der Substitut ein, wenn der Instituirte nicht Erbe aus dem Testament wird, wenn er es gleich ab intestato und nur nicht ex testamento werden wollte, l. 3. C. 6. 26., oder wenn er vor der Delation der Erbschaft stirbt; wenn nun ein heres suus stirbt, während noch ein postumus erwartet wird, dieser aber in der Folge nicht zur Existenz kommt, tritt nun der Substitut ein?

7) Die Einsetzung eines Unfähigen ist pro non scripta anzusehen, so daß die wirksame Institution mit dem zweiten oder dem Substitutionsgrad erst beginnt, l. 1. C. 6. 24.; wie aber, wenn der Vorerbe zwar erbfähig ist, aber wegen Indignität eine Ereption durch den fiscus begründet ist?

8) Ist der Substitut auch dann einzutreten berechtigt, wenn der Instituirte zwar sich zur Erbschaftsantretung erklärt, sich aber dagegen hat restituiren lassen?

9) Ist der Verzicht des Substituten bindend, wenn er ihn vor dem Eintritt des Substitutionsfalls geleistet hat?

10) Wenn einem unter gewissen Bedingungen eingesetzten Erben auf den Fall, daß er nicht Erbe würde, ein Anderer substituirt ist, gehen dann jene Bedingungen auch auf den Substituten über?

11) Wenn ein Vulgarsubstitut zugleich institutus ist, und diesem wieder ein Anderer substituirt ist, so fragt sich, in wie weit Letzterer an des Erstern Stelle trete, ob nämlich blos in das Substitutions- oder auch in das Institutions-Object; z. B. der Testirer sagte: A. soll mein Erbe zur Hälfte meines Nachlasses seyn, B. zu ¼ und C. auch zu ¼. Dem B. substituire ich den C., dem C. soll X. substituirt seyn. Wenn nun B. und C. ausfällt, erhält dann X. sowohl die Institutions- als die Substitutionsportion des C.?

12) Kann eine Substitution auch in einem Codicill gültig angeordnet werden?

Zu 1) Die herrschende Meinung ist wohl die bejahende, welche Höpfner im Instit. Comm. § 500. not. 2. gegen die Dissentienten Huber, Lauterbach u. A. behauptet, nämlich daß der Fall des Nichtwollens in dem des Nichtkönnens begriffen sey, und umgekehrt. Daß sie in Praxi angenommen sey, bezeugt nicht nur Höpfner l. c., sondern wird auch bestätigt durch Walch Introd. in controv. jur. civ. p. 217. (Ed. 3.), Stryck de cautel. testam. cap. 18. § 9., Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 6. no. 12., Cocceji jus controv. Lib. 28. tit. 6. qu. 5., Thibaut System § 834. (Ed. 8.), v. Hartitzsch Entscheidungen no. 401. Der Grund hiervon beruht auf der vermuthlichen Vorliebe des Testators für den Substituten vor seinen ganz unberücksichtigt gebliebenen Verwandten, und auf der außerdem auch durch die gesetzliche Begünstigung der letzten Willen empfohlenen Anwendbarkeit des Grundsatzes: casus non expressos sub expressis intelligendos esse; l. 22. pr. D. 36. 1. — l. 29. § 5. D. 28. 2. Ein Beispiel der Entscheidung nach der erweislichen oder muthmaßlichen Willensmeinung des Testators s. l. 3. C. 6. 24. Dieser Ansicht stimmt v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 463. (84.) nur mit Beschränkung bei, indem er fordert, die Absicht müsse erwiesen seyn; so auch Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XL. S. 301., besonders bezüglich eines analogen Falls in l. 101. pr. D. 35. 1. Doch räumt er ein, daß gewöhnlich das Gegentheil angenommen werde.

Zu 2) Wörtlich genommen würde eine solche Pupillarsubstitution: „mein Sohn soll mein Erbe seyn, wenn er aber in den Jahren der Unmündigkeit sterbe, so soll ihm A. substituirt seyn;" hinwegfallen, wenn der Sohn erst nach erlangter Mündigkeit vor seinem Vater stirbt; allein die Vermuthung für die wesentlich dem Substituten vor jedem Andern zugewandte Neigung des Testirers ist so stark, daß die Gesetze die Worte nicht als absolut entscheidend gegen den Substituten anerkennen, sondern nur in so fern nicht ein entgegenstehender Wille des Testators ermittelt werden kann. Ita enim in altero utraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragatur; oder si modo non contrariam voluntatem extitisse probetur; l. 4. pr. § 2. D. 28. 6. — l. 4. C. 6. 26. Dies ist ungeachtet der von v. Wening-Ingenheim in Linde's Zeitschr. Bd. III. S. 115. aufgestellten entgegengesetzten Ansicht, die allgemein angenommene Lehre, s. besonders v. Vangerow Pand. Bd. II. § 451. not. 1. und die sowohl da als in Glück P. C. Bd. XL. S. 266. § 1447. angeführten Autoren; Thibaut System § 837. no. 4. (Ed. 8.), Puchta Lehrb. § 471., Franck D. de origine et natura vulgaris ac pupillaris substitutionis. Jen. 1829. pag. 8—16. u. 22 – 24. Die Pupillarsubstitution wird auch aufrecht erhalten, wenn der Testator einem postumo für den Fall, daß er die Jahre der Mündigkeit nicht erreichen würde, substituirt hat, dieser aber gar nicht zur Welt gekommen ist; Leyser Sp. 362. Med. 6., Thibaut l. c. § 837. not. y. cf. Cicero Orat. pro Caecina cap. 18., Cicero de oratore I. 39. II. 32.

Zu 2[a]) In der Regel wohl; doch unterliegt die Regel auch hier der Beschränkung: si voluntas parentis non refragatur. Wie diese Beschränkung zu verstehen sey, war in einem im civilistischen Archiv Bd. XXXVIII. S. 305. behandelten Fall streitig. Ist ein bestimmt gegen die Einbegreifung der Pupillarsubstitution in der Vulgarsubstitution gerichteter Wille des Testators erforderlich, si modo non contrariam defuncti voluntatem extitisse probetur, l. 4. § 2. D. 28. 6. — c. 4. C. 6. 26., oder kann der Beweis auch geführt werden durch erhebliche Wahrscheinlichkeitsgründe, welche die Annahme rechtfertigen, daß der Testator die Pupillarsubstitution nicht beabsichtigt habe? für letzteres entschied das O. A. Ger. zu Cassel l. c. S. 325. Die Rücksicht auf den muthmaßlichen Willen des Testators manifestirt sich besonders in dem in l. 9. C. 6. 25. gegen das Einbegreifen der Pupillar- in der Vulgarsubstitution entschiedenen Fall. Ein Mann, dessen Gattin sich schwanger befand, hatte diese zu einem und die Leibesfrucht zum andern Theil eingesetzt, mit dem Beisatz: daß, wenn ein Nachgeborner nicht zur Welt

kommen würde, X. sein Erbe werden sollte. Der Nachgeborene kam wohl zur Welt, starb aber in der Unmündigkeit. Gleichwohl entschied der Kaiser gegen den X. zu Gunsten der Mutter als Intestaterbin ihres postumi, indem, während der Testirer seiner Gattin einen Theil seiner Erbschaft hinterließ, sein Wille noch viel mehr dahin anzunehmen sey, daß eine so schmerzliche Erbschaft lieber an die Mutter gelangen solle. Nur alsdann solle die Substitution wirksam seyn, wenn der Nachgeborne entweder nicht zur Welt gekommen, oder nach seiner Geburt die Mutter gestorben wäre. — Zuweilen ist man indessen sogar genöthigt, den Willen des Erblassers auf die Vulgarsubstitution eingeschränkt zu betrachten. Dies ist der Fall, wenn Miterben einander vulgariter substituirt sind, welche in so fern disparis conditionis sind, daß nicht jedem derselben pupillariter substituirt werden, folglich nicht für jeden die Vulgarsubstitution sich gleichsam von selbst in die Pupillarsubstitution verwandeln kann, oder wenn zweien Erben, wovon nur Einem pupillariter substituirt werden kann, ein Dritter unter der Vulgarformel substituirt ist. **Incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris; l. 2. C. 6. 26. — l. 4. § 2. l. 45. D. 28. 6. — l. 4. l. 6. C. 6. 21.**

Zu 3) Es kann Jemand durch Substitution einen Erbtheil erlangen, rücksichtlich dessen er nach dem Accrescenzrecht einem Andern weichen müßte; z. B. der Testator sagte: A. soll mein Erbe seyn, auch ernenne ich den B. und C. zu meinen Erben; und B. fiele aus, so würde dessen Erbtheil nur dem C. als conjunctus, nicht auch dem A. als disjunctus accresciren, soll ihn A. erwerben, so kann dies nur durch Substitution bewirkt werden; s. Höpfner Instit. Comm. § 501. Einen ähnlichen Fall s. Mühlenbruch in Glücks fortges. P. C. Bd. XL. S. 367. Der conjunctus geht übrigens auch bei der gegenseitigen Substitution aller Erben den übrigen Erben in dem Theil des mit ihm in demselben Satz instituirten Miterben vor; l. 41. § 4. D. 28. 6., Schweppe römisches Privatr. Bd. V. § 811. no. 3. Das Accrescenzrecht beruht darauf, daß die Miterben einander nur durch ihr Nebeneinanderstehen beschränken, an und für sich aber Jeder ein Recht auf das Ganze hat, welches ipso jure wirksam wird, wenn Mitberufene wegfallen; daher das Accrescenzrecht mit Nothwendigkeit wirkt, mithin der anwachsende Theil nicht ausgeschlagen werden kann, auch, wenn der Todesfall erst nach dem Tode des Erben, welcher seinen Theil erworben hat, eintritt, von selbst dessen Erben zufällt; l. 9. D. 38. 16. — l. 31. l. 53. § 1. D. 29. 2. — Anders verhält es sich bei der Substitution, denn in dieser liegt eine zweite Erbeinsetzung, aus welcher das Recht nicht eher deferirt wird, bis der Vorhergehende weggefallen ist, daher der

Substitut dieses Recht nicht auf seine Erben transmittiren kann; l. 10. pr. l. 45. § 1. D. 28. 6. — l. 81. D. 29. 2. — l. 9. D. 38. 16. Z. B. A. ist zum Erben ernannt, B. ihm substituirt. Nun stirbt B, während A. noch vom Deliberationsrecht Gebrauch macht; wenn am Ende A. endlich doch die Erbschaft ausschlägt, so können gleichwohl die Erben des B. die Substitution ihres Erblassers für sich nicht geltend machen, weil dieser den Fall des Nichtwollens des Instituirten nicht mehr erlebt hat, und die Substitution so lange nicht wirksam werden kann, als aus dem Recht der Institution die Erwerbung der Erbschaft möglich ist; l. 69. D. 29. 2. — l. 45. § 1. D. 28. 6. — l. 9. in f. D. 38. 16., Höpfner l. c. § 502., Mühlenbruch l. c. Bd. XL. S. 366. ꝛc. Auch in Ansehung des Abzugs der falcidischen Quart tritt ein Unterschied ein; wenn nämlich in Folge der Substitution ein wegfallender Theil an einen Miterben kommt, so darf die falcidische Quart nur vom Ganzen abgezogen werden, wenn auch die einzelnen Erben besonders mit Vermächtnissen belegt sind, mithin muß der Erbe, welcher eine Institutions- und eine Substitutionsportion erhält, beide zusammenwerfen und dann vom Ganzen sein $\frac{1}{4}$ berechnen; l. 1. § 14. l. 21. l. 78. D. 35. 2. Im Uebrigen assimiliren sich die rechtlichen Verhältnisse in der Substitution sehr dem Accrescenzrecht; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 451. not. 3., Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XL. § 1448.*)

Zu 4) Dann erhält der weiter hinzugefügte Substitut einen Kopftheil (partem virilem), die sich wechselseitig substituirten Miterben aber theilen sich demungeachtet nach dem Verhältniß ihrer partes hereditariae; l. 32. D. 28. 6.

Zu 5) Es scheint zwar, daß in diesem Fall der Substitut eintreten müsse, quia hereditas nondum adita non transmittitur ad heredis heredes, und die Substitutionsclausel: si heres non erit, wohl nichts Anderes sagen will, als si hereditatem sibi non adquisierit, l. 40. D. 28. 5., überdem der vermuthete Wille des Testators mehr für den

*) Auch vermöge der Regel: substitutus substituto est substitutus et instituto ergibt sich eine Wirkung, welche durch das Accrescenzrecht nicht hervorgebracht werden könnte; z. B. der Testator sagt: A., B. u. C. sollen meine Erben seyn, Jeder zu 1/3. Dem A. substituire ich den B., dem B. den X. Fallen nun A. u. B. aus, so erhält X. als Substitut 2/3. Durch das Accrescenzrecht könnte er sie aber nicht erhalten, weil A. u. B. nicht die Erbschaft erworben haben, wer aber nicht Erbe geworden ist, dem kann kein Erbtheil accresciren; s. Höpfner Instit. Comm. § 503. Einen ähnlichen Fall hat Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XL. S. 367.

Substituten spreche, als für die ihm vielleicht kaum bekannten Erben des instituti. Diese Meinung ist vorzüglich vertheidigt von Crell D. utrum heredi instituto intra annum deliberandi mortuo substitutus admittatur. Vitemb. 1734. u. Reuter D. de substitutione reciproca ejusque a jure accrescendi discrimine § 8. Auch scheint die l. 72. D. 29. 2. vollends keinen Zweifel dagegen zuzulassen, indem darin wörtlich ausgesprochen ist: wenn auch die dem instituirten Erben im Testament bestimmte Zeit zur Antretung noch nicht verflossen ist, so kann doch der Substitut gleich nach dem im Lauf dieser Frist erfolgten Tod des instituti antreten; nemo dubitat, quin substitutus ultimum diem aditionis expectare non soleat. Dieses Bedenken fällt indessen weg, wenn man in der l. 72. cit. nur den Fall einer bedingten Erbeinsetzung erblickt, wo es dann ganz natürliche Folge war, daß, wenn der institutus bei Lebzeiten die Bedingung nicht erfüllt hatte, der Substitut eintreten konnte; s. Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XL. S. 343., vergl. v. Buchholz in Linde's Zeitschr. für Civilrecht u. Proceß Bd. X. S. 443.

Aber abgesehen hiervon müßte man, da die Verdrängung der Erben des Erben mit der von Justinian vorgenommenen Erweiterung des Transmissionsrechts, wonach auch die Erben des Erben im noch nicht geendigten Verlauf der Deliberationsfrist die Erbschaft noch antreten können, l. 19. C. 6. 30. — cf. l. un. C. 6. 52. u. l. un. C. 6. 51., ganz und gar unvereinbarlich wäre, schlechterdings annehmen, daß die l. 72. cit. als ein Ueberbleibsel des älteren Rechts, wonach der deliberirende Erbe nicht transmittiren konnte, mit den Bestimmungen des neueren Rechts von selbst wegfalle; wenn es gleich, wie Mühlenbruch l. c. S. 334. u. 341. bemerkt, immerhin auffallen muß, daß Justinians Gesetz aus dem Jahr 529, also aus der Zeit vor der Pandectencompilation ist.*) Durch das Justinianeische Transmissionsrecht wird nothwendig die Meinung sowohl der älteren als neueren Rechtslehrer dahin bestimmt, daß sie den Erben des Instituirten den Vorzug vor dem Substituirten desfalls einräumen; s. Cocceji Jus controv. Lib. 28. tit. 6. qu. 6., Stryck de cautel. testam. Cap. 18. Membr. 1. no. 21., Walch Intr. in controv. jur. civ. p. 216., Thibaut Versuche Bd. I. S. 246., Gebr. Overbeck Medit. Bd. I. S. 194., Mühlenbruch l. c., Zimmern im civilist. Archiv Bd. IX. S. 357.,

*) Zur Zeit der Pandectenjuristen gab es nämlich noch gar kein Transmissionsrecht aus der Person des deliberirenden Erben, dem Erben des Erben stand gar kein Antretungsrecht zu.



v. Berg jurist. Beobachtungen u. Rechtsfälle Bd. II. no. 13. und die Lehrbücher von Schweppe Bd. V. § 877., v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 272., Seuffert § 574., Mackeldey Lehrb. Bd. II. § 668. not. i.

Zu 5[a]) Man setze den Fall: A. machte den B. zum Universalerben, verordnete aber dabei, daß die Immobilien des Nachlasses nach dem Tod des B. an 6 Geschwister restituirt werden sollten. Würde, heißt es weiter, eines oder das andere dieser 6 Geschwister und substituirten Erben mit Tod abgehen, so sollen die Ueberlebenden die Antheile der Verstorbenen erben und sie daher einander substituirt seyn. Nun starben 2 dieser Geschwister nach des Erblassers, aber vor des Erben B. Tod, und es entsteht die Frage, ob deren Antheile den Erben der zwei verstorbenen oder den überlebenden Geschwistern zufallen? Die Juristenfacultät zu Jena entschied zu Gunsten der Ersteren. — Sie betrachtete die 6 Geschwister als Legatarien, und folglich deren Antheile an den Immobilien mit dem Augenblick des Todes des Erblassers als ihnen bereits angefallen und transmissibel. Es konnte ihr also nur noch der Zweifel übrig bleiben, ob das s. g. Legat nicht durch den beigefügten dies incertus zum bedingten, und folglich die Delation bis zum Eintritt der Bedingung hinausgerückt sey. Aber auch dieser Zweifel wurde durch die Betrachtung niedergeschlagen, daß die muthmaßliche Absicht des Testirers dahin anzunehmen sey, daß er blos die Zeit der Auslieferung hinausschieben wollte, um dem Erben B. den lebenslänglichen Genuß zu erhalten; s. Zimmern im civilist. Archiv Bd. IX. S. 357.*) Gegen

*) Interessant ist hierbei auch Zimmerns Digression auf die Frage: wenn es nun einmal heißt: dies incertus facit conditionem, was ist denn nun eigentlich für ein Tag certus und was für einer incertus? Die Einen statuiren: ein ratione an gewisser sey immer ein dies certus, wenn er auch ratione quando ungewiß sey. Die Anderen — wohl mit mehr Grund: jeder Tag, von welchem nicht Beides: an und quando gewiß ist, z. B. wenn auch nur ungewiß ist, ob ihn der Honorirte erleben werde, sey dies incertus, folglich bedinge er das Legat; si cum heres morietur, legetur, conditionale est. Hiernach bleibe bei der über aller Zukunft waltenden Ungewißheit für den dies certus nichts anders übrig, als der Todestag des Legatars selbst, oder, wenn der Testirer selbst aus der Unendlichkeit einen bestimmten Zeitpunkt herausgegriffen hat, z. B. wenn er sagte: nach 100 Tagen, oder nach 10 Jahren. Da zweifelt denn auch Niemand, daß das Recht unbedingt erworben sey, und nur der Vollzug hinausgerückt werde. Zimmern aber l. c. hält alle bisherigen Ansichten nicht für durchgreifend, weil in den Gesetzen selbst bei einer und derselben Art der Zeitbestimmung der dies bald als certus, s. l. 26. § 1. D. 36. 2. — l. 46. D. 36. 1. — l. 5. C. 6. 52., bald als

diese Entscheidung möchten übrigens nicht unerhebliche Zweifel zu erheben seyn; denn man wird mit Recht fragen:

a) Wo ist der zureichende Grund, um die 6 Geschwister als Legatare, und nicht vielmehr als Nacherben ex re certa zu behandeln, welche, wenn sie vor dem instituirten Erben gestorben waren, keinen Anspruch mehr hatten? Hatte doch der Testator sie ausdrücklich als substituirte Erben benannt, und diese seine Meinung auch, wie Zimmern wohl bemerkte, durch die Aeußerung bestätigt: „daß das Recht des Erben nur in dem lebenslänglichen Genuß bestehen solle."

b) Ist nicht des Testators Absicht ganz deutlich dahin zu erkennen, daß er gerade deswegen die Substitution anordnete, um das Transmissionsrecht und die davon unzertrennliche Zerstückelung und Auflösung des Immobiliar-Complexes zu beseitigen, die Güter vielmehr immer bei den Geschwistern beisammen zu halten? Er machte ja bei seiner Substitution, welche wohl als eine fideicommissarische anzusehen seyn möchte, keinen Unterschied, ob einzelne Geschwister vor oder nach dem Ableben des Erben mit Tod abgehen würden.

Zu 6) Die Erbschaft wird selbst einem heres suus nicht sogleich mit dem Tod des Erblassers für deferirt erachtet, wenn noch ein postumus erwartet wird, l. 84. D. 29. 2., daher nun der substitutus eintritt; s. Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XL. S. 336. not. 74. Das Gegentheil aber muß man nach leg. cit. alsdann annehmen, wenn sich ergibt, daß die Frau gar nicht schwanger war.

Zu 7) Nach strenger Consequenz kann da der Substitut nicht zur Erbschaft gelangen, er kann das Einziehungsrecht des fiscus nicht hindern; l. 12. D. 34. 9. — l. 15. pr. D. 29. 5. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß es zwar im früheren Recht auch zu den Indignitätsfällen gerechnet wurde, wenn der Testamentserbe den ihm zum Besten Anderer vom Erblasser gemachten Auflagen nicht gehorchte, dieses aber von Justinian in der Nov. 1. dahin abgeändert wurde, daß, wenn der Erbe, der richterlichen Weisung ungeachtet, ein ganzes Jahr lang das nicht thut, was ihm im Testament vorgeschrieben ist, der fiscus nicht sogleich,

---

incertus, s. l. 21. pr. l. 22. pr. D. 36. 2. behandelt werde. Er betrachtet deshalb die Frage lediglich als quaestio facti, welche nur aus der Absicht des Testirers entschieden werden könne, je nachdem sie dahin gerichtet war, blos die Zeit der Zahlung in die Zukunft zu stellen, oder das Recht auf das Vermächtniß in das Ungewisse zu stellen. — Mehreres hierüber s. unten Kap. X. § 2. zur Nr. 1.

sondern erst nach allen näher Berechtigten eintritt, folglich ihm der Substitut vorgeht; Nov. 1. c. 1. § 3.

Zu 8) Der Rechtsgrundsatz, daß durch die Restitution der vorige Zustand der Dinge, soweit es nöthig und möglich ist, wieder hergestellt werde, arg. l. 24. § 4. l. 7. § 10. D. 4. 4., entscheidet für den Substituten, denn wenn Alles in den vorigen Zustand zurückkommen, Jeder sein erstes Recht wieder erhalten soll, so muß es so angesehen werden, als wäre die Erbschaft gar nicht angetreten worden; und dafür hat sich auch die gemeine Meinung erklärt. Dies gesteht selbst der Gegner derselben Vinnius sel. jur. quaest. Lib. I. c. 14. pag. 88., dessen Zweifel sich widerlegt finden in Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. no. 32., Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XL. S. 361., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 811. Dasselbe gilt, wenn der heres suus abstinirt hat, l. 12. D. 11. 1., wenn gleich einzelne im väterlichen Testament enthaltene Verfügungen der Abstention ungeachtet aufrecht erhalten werden; l. 41. l. 42. pr. D. 29. 2. — l. 30. § 10. D. 40. 5. Umgewandt wird aber auch der substitutus wieder verdrängt, wenn der institutus gegen seine Erbschaftsrepudiation Restitution erlangt; l. 7. § 10. D. 4. 4., Mühlenbruch l. c. S. 365.

Zu 9) Diese Frage ist schon nach allgemeinen Grundsätzen zu verneinen, und ist so auch in l. 13. § 2. D. 29. 2. entschieden; cf. l. 174. D. 50. 17.

Zu 10) Die dem Instituirten auferlegten Bedingungen können nicht von selbst auch dem Substituirten auferlegt erachtet werden, nur die dem Instituirten auferlegten Vermächtnisse und Präſtationen an Andere liegen ihm eben so wie dem Instituirten ob; l. 27. pr. l. 73. D. 28. 5., Schweppe l. c. Bd. V. § 811., Arndts im Rechtslex. Bd. X. S. 661.

Zu 11) Die Entscheidung geht dahin, daß X. Alles erhält, wozu C. aus dem einen oder andern Grund berufen war; l. 27. l. 41. pr. D. 28. 6. — § 3. J. 2. 15. (Nur ein dem Voreingesetzten verschafftes Prälegat ist hiervon ausgenommen; s. Buchholz Lehre von den Prälegaten S. 316., Sintenis Civilr. Bd. III. § 174. not. 9.) Der Grund liegt wohl darin, weil X. unbestimmt dem C. substituirt ist, das indefinitum aber als generale et absolutum zu behandeln ist; s. Braun Erörterungen zu Thibaut § 697. S. 647. Diese Entscheidung wird durch die Formel ausgedrückt: Substitutus substituto est substitutus instituto, welche zunächst die Bedeutung hat, daß, wo mehrere Grade der Substitution vorkommen, nichts darauf ankommt, welcher von den Vorhergehenden zuerst stirbt; z. B. wenn dem A. der

B. und dem B. der C. substituirt ist, so bekommt C. die Erbportion des A. auch dann, wenn zuerst der B. und hernach erst der A. hinwegfällt, ohne die Erbschaft angetreten zu haben.

Zu 12) Da, Soldaten ausgenommen, Niemand in einem Codicill einen Erben einsetzen oder eine Enterbung vornehmen kann (weil sonst der Unterschied zwischen Testament und Codicill ganz verwischt wäre), so folgt, daß auch keine Substitution eines directen Erben darin stattfinden könne. Dieselbe kann aber gleichwohl in der Eigenschaft eines Fideicommisses nach der Autorität mehrerer Rechtsgelehrten aufrecht erhalten werden. Zwar wollen Einige diese Aufrechthaltung nur auf zwei in den Gesetzen entschiedene Fälle beschränken: a) auf die in einem Codicill geschehene Bestätigung einer ungültigen Erbeinsetzung, l. 2. § 4. D. 29. 7. — b) auf die in einem Codicill angeordnete Pupillarsubstitution l. 76. D. 36. 1., s. Cujac. Obs. XI. c. 25., Thibaut System § 951. (Ed. 8.), v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 449. Beide gesetzliche Entscheidungen scheinen indessen nur Anwendungen eines Princips zu seyn, welches Mühlenbruch in der Forts. von Glücks Comm. Bd. XL. S. 381. dahin aufstellt: „Codicillar-Dispositionen haben stets die Wirkung eines Fideicommisses," womit übereinstimmt Donell. Comm. Lib. VII. c. 19. § 27., Puchta Pand. § 476., Sintenis pr. Civilr. Bd. III. S. 704. not. 1. Dafür scheint zu sprechen § 2. J. 2. 25., wo es nach Verwerfung der directen Erbeinsetzungen in Codicillen weiter heißt: denn nur fideicommißweise kann durch Codicille eine Erbschaft hinterlassen werden, und l. 2. § 4. D. 29. 7., wo sogar dem Codicill die Wirkung einer fideicommißweisen Erwerbung der im Testament auf ungültige Weise hinterlassenen durch das Codicill bestätigten Erbschaft zugestanden wird. Der extreme Versuch von Kumpf in einer Ansbach 1831. herausgegebenen die vorangestellte Fr. 12. zum Titel führenden Inaugural-Dissertation, dieselbe absolut zu verneinen, somit auch der l. 76. D. 36. 1. die Beweiskraft abzusprechen, stützt sich auf eine gezwungene Auslegung dieser Gesetzstelle, und scheint keine Nachfolger gehabt zu haben.

---

b) Von der Pupillarsubstitution.

Wenn der Vater in seinem Testament oder in einem besonderen jenem nachfolgenden*) Testament neben der Disposition über

*) Vorausgehen darf es bei Vermeidung der Nichtigkeit nicht; § 5. J. 2. 16. — l. 2. § 4. u. 7. D. 28. 6., Glück P. C. Bd. XL. S. 386.

seine eigene, auch über die Erbschaft seines noch in väterlicher Gewalt befindlichen Hauskindes (gleichviel ob das Suitätsverhältniß durch Erzeugung oder Ankindung begründet ist, l. 2. pr. l. 10. § 6. D. 28. 6., Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XL. S. 370.), im Fall dieses in der Unmündigkeit verstürbe, disponirt, welch beide Erbschaften aber in der Regel untrennbar bestehen*), l. 10. § 2. 3. 5. D. 28. 6. — l. 59. D. 29. 2., so kommt vorzüglich in Frage:

1) Leidet die Regel: substitutus substituto est substitutus instituto eine Ausnahme bei der Pupillarsubstitution?
2) Da die Pupillarsubstitution blos ein Ausfluß der väterlichen Gewalt ist, so fragt sich, ob derjenige, dem pupillariter substituirt werden soll, sich nothwendig sowohl bei dem Tod des Testators, als auch zur Zeit der Testamentserrichtung in der Gewalt des Vaters oder überhaupt desjenigen Ascendenten befunden haben müsse, welcher die Substitution vornimmt?
3) Kann der Vater auch einem Kind, welches er enterbt, pupillariter substituiren?
4) Kann auch die Mutter oder der mütterliche Großvater pupillariter substituiren?
5) Kann der Großvater väterlicher Seite seines durch Anstellung einer eigenen Oeconomie aus der väterlichen Gewalt getretenen, dann gestorbenen Sohnes Kindern, als seinen Enkeln pupillariter substituiren?
6) Wenn über die Jahre der Unmündigkeit hinaus substituirt ist, gilt es nicht doch als Fideicommiß?

6[a]) Wenn innerhalb der Periode der Unmündigkeit Mehrere nach verschiedenen Perioden substituirt sind, so kann der in l. 43. § 1. D. 28. 6. aufgeworfene Collisionsfall in Frage kommen: si ita facta proponatur substitutio: filius meus si intra decem annos decesserit, Titius heres esto, si intra quatuordecim Mevius, filiusque octo annorum decesserit, utrum Titius solus ex substitutione ei heres erit, an et Mevius?

7) Gilt die Pupillarsubstitution auch zum Nachtheil der Mutter,

---

*) Eine Folge davon ist, daß dem Substituten, welcher bereits Erbe des Testators geworden ist, auch die Erbschaft des Unmündigen, selbst wenn er diesen nicht überlebt, erworben ist, so daß dann seine Erben die Intestaterben des Unmündigen ausschließen; l. 59. D. 29. 2.

welcher ihr Kind, wenn nicht demselben pupillariter substituirt wäre, wenigstens den Pflichttheil hinterlassen müßte?

8) Ist der Substitut, wenn er zugleich vom Vater des Pupillen zum Erben eingesetzt ist, befugt, die eine der beiden Erbschaften anzutreten, die andere aber auszuschlagen?

9) Wird die Pupillarsubstitution auch allemal hinfällig, wenn das Testament ungültig ist?

Zu 1) Mehrere Rechtsgelehrte behaupten: auf Pupillarsubstitutionen sey dieser Grundsatz im R. R. nicht angewendet worden; s. **Mühlenbruch** in **Glück** P. C. Bd. XL. S. 368. Als Beweisstelle gilt ihnen l. 47. D. 28. 6. **Qui habebat filium et filiam impuberes, instituto filio herede, filiam exheredavit, et si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit: sed filiae, si antequam nuberet decessisset, uxorem suam item sororem suam substituit. Quaero, cum filia impubes prior decesserit, deinde frater ejus impubes, an filii hereditas ad uxorem et sororem testatoris jure substitutionis pertineat? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, non pertinere.**

Allein daraus läßt sich schwerlich die aufgestellte Behauptung begründen. Zuvörderst scheint die Substitution der Gattin und Schwester **si filia, antequam nuberet, decessisset** vielmehr eine fideicommissarische, und, daß die Tochter in der Folge bei ihrem Ableben noch unmündig war, als ein blos zufälliger Umstand nicht bei der Beurtheilung der Disposition des Vaters in Betracht kommen zu können; ist nun aber der Tochter nur fideicommissarisch substituirt, so erhellt von selbst, daß die Entscheidung nicht anders erfolgen konnte. Supponirt man aber auch, wie gewöhnlich von den Erklärern dieser Stelle geschieht, der Tochter sey **pupillariter** substituirt, so ist damit doch eine eigentliche Ausnahme von der Regel nicht dargethan, weil der vorgelegte Fall gar nicht unter die Regel: **substitutus substituto est substitutus instituto** fällt. — Der Testator hatte ja nicht gesagt: seine Frau und Schwester sollten, wenn seine Tochter als **substituta** wegfallen würde, an deren Stelle treten, sondern er hatte jene auf das Vermögen der Tochter gerufen, jene waren also nach der Voraussetzung der l. 47. **cit.** nur Pupillarsubstituten der Tochter und nicht Substituten zweiten Grades des Sohns. Dagegen würde es ganz bei der Regel bleiben, wenn man den Fall also stellt: der Testirer setzt seinen Sohn A. zum Erben ein, und substituirt ihm **pupillariter** den B., oder wenn dieser nicht erben kann, den C.

und allenfalls den D., so wird, wie es der Satz: Substitutus substituto etc. mit sich bringt, der Substitut des dritten Grades eben das erhalten, was der Substitut im ersten Grad erhalten haben würde. Man kann also nicht sagen: auf Pupillarsubstitutionen sey der Satz nicht anwendbar, sondern nur nach v. Vangerow Pand. Bd. II. § 453. not. 2., bei mehreren Pupillarsubstitutionen gestalte sich die Sache anders, aus dem einfachen Grund, weil da ganz verschiedene Erbschaften gegeben sind. Die Pupillarverlassenschaft der Tochter in l. 47. cit. ist eine andere, als die Pupillarverlassenschaft des Sohns, die Substituten der Tochter konnten daher nur deren Vermögen erhalten und nicht dasjenige, was sie geerbt haben würde, wenn sie ihren Bruder überlebt hätte. Vergl. v. Löhr im civilist. Archiv Bd. IX. S. 115., Braun Erörterungen zu Thibaut § 701.

Zu 2) Daß die väterliche Gewalt in beiden Zeitpunkten stattgefunden haben müsse, ist den allgemeinen Grundsätzen gemäß; l. 2. pr. l. 41. § 2. D. 28. 6. — l. 210. D. 50. 17. — pr. J. 2. 16., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 812. not. 4., v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 464. (87.), Donell. Comm. Lib. VI. cap. 25. § 12 u. 13., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 28. tit. 6. § 26. Das Gegentheil behauptet jedoch v. Löhr im civil. Archiv Bd. IX. S. 112. und Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XL. S. 371., obgleich Ersterer die eben angeführte Meinung als die herrschende erkennt. Auch sind die Gründe der Gegner derselben nicht von Gewicht: die Folgerung aus l. 2. pr. D. 28. 6. sed si extraneum quis impuberem heredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit, arrogaverit, filio praecedente — ist sehr unsicher, weil füglich eine vorausgegangene und nicht eine erst später erfolgte Adoption oder Arrogation hier zu verstehen ist. Ein anderer Grund, welcher davon hergenommen werden will, daß unzweifelhaft einem postumo substituirt werden könne, beweist gar nichts, sobald man dem postumus die in Beziehung auf Erbrecht gewöhnliche Bedeutung beilegt, s. Ulp. Fragm. XXII. § 19., daß derselbe bereits in utero gewesen sey; dergleichen eigentliche postumi werden nämlich schon in dieser Periode als in der väterlichen Gewalt befindlich erachtet; s. Mackeldey Lehrb. § 669., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 426. (1.), Höpfner Institt. Comm. § 506. not. 4.

Zu 3) Allerdings kann er es, aber er kann das Vermögen des Kindes nicht mit Vermächtnissen belasten, in so ferne er ihm nicht eine entsprechende Zuwendung gemacht hat, weil Niemand weiter onerirt werden kann, als er honorirt ist; l. 41. § 3. D. 28. 6. — l. 126. D. de

legat. I. (30.) — l. 24. C. 6. 37., vergl. Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 501. § 43—50. Ist dagegen der Pupill im väterlichen Testament eingesetzt, so muß der Substitut die Vermächtnisse zahlen, wenn er auch keine Deckung im väterlichen Nachlaß finden sollte, und ihm die falcidische Quart nur mit Einrechnung dessen, was durch die Pupillarsubstitution auf ihn gekommen ist, verbleibt. Er muß sich nämlich auf die Quart jedenfalls das anrechnen lassen, was er aus dem väterlichen Nachlaß bekommt, und umgekehrt mit dem Pupillarvermögen die für die Erbschaft angeordneten Vermächtnisse decken; § 2. J. 2. 22. — l. 11. § 5 u. 7. D. 35. 2. — l. 30. pr. l. 73. eod., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XL. S. 397.

Zu 4) So wenig der Vater emancipirten Kindern pupillariter im eigentlichen Sinn substituiren kann, pr. § 9. J. 2. 16. — l. 2. pr. D. 28. 6., eben so wenig kann es die Mutter oder der mütterliche Großvater. Auch nachdem nicht mehr die römische patria potestas besteht, gilt nach der Autorität der meisten Rechtslehrer die Pupillarsubstitution für ein ausschließendes Vorrecht des Vaters; Stryck Us. mod. Pand. Lib. 28. tit. 6. § 6., Schmidt hinterlassene Abhandl. verschiedener prakt. Rechtsmaterien Bd. I. S. 176. Setzt aber die Mutter ihr Kind, oder wer immer einen Unmündigen zum Erben ein, so kann gleichwohl die Substitution als eine directe gelten, wenn das Kind auf den Fall der erlangten Mündigkeit eingesetzt und ihm für den Fall, daß er nicht ihr Erbe wird, ein Anderer substituirt ist, oder fideicommissarisch, wenn der Unmündige eingesetzt ist, aber nach dessen vor der Pubertät erfolgtem Ableben die Erbschaft an einen Dritten fallen solle; l. 33. D. 28. 6. — § ult. J. 2. 16., Glück P. C. Bd. XL. S. 261. Beide Arten der Substitution sind nämlich keine Pupillarsubstitutionen im eigentlichen Sinn, nämlich keine für den Pupillen gemachte Testamentshandlung. Eine nicht zulässige directe Substitution kann durch die Codicillarclausel als eine fideicommissarische convalesciren; Stryck de cautel. testam. Cap. 18. Membr. 2. § 6., v. Hartitzsch Entscheid. no. 402. — Enkeln, welche zur Zeit der Emancipation oder Adoption ihres Vaters bereits geboren oder wenigstens concipirt waren, kann vom väterlichen Großvater wirksam substituirt werden, weil sie noch in seiner Gewalt waren, die nachher concipirten folgen dem Recht des Vaters; Glück P. C. Bd. XL. S. 372.

Zu 5) Einige Rechtsgelehrte gestehen dem Großvater das Recht der Pupillarsubstitution zu, indem sie statuiren, durch Errichtung eines eigenen Haushalts würden zwar die lästigen Folgen der patria potestas, aber nicht das jus suitatis aufgehoben; mithin müsse auch das Recht

fortbestehen, dem suus pupillariter zu substituiren; Boehmer Exerc. ad Pand. T. I. pag. 913., Cocceji jus civ. controv. Lib. I. tit. 7. qu. 12. u. A. Allein die überwiegende Anzahl der Rechtslehrer nimmt an, daß durch die ipso jure bewirkte Auflösung der väterlichen Gewalt nur die Familienrechte nicht aufgehoben werden, aber den Ascendenten kein Recht mehr über die Persönlichkeit des von der väterlichen Gewalt Befreieten oder dessen Kinder, somit auch keine Befugniß, ihm einen Erben zu ernennen, zustehen könne, s. Glück P. C. Bd. II. § 162. und Mühlenbruchs Forts. Bd. XL. S. 373. u. die vielen dort angeführten auch zur Bestätigung des so eben zur Fr. 4. Gesagten dienenden Autoren, Höpfner Instit. Comm. § 506. not. 2.

Zu 6) Eine Substitution über die Jahre der Mündigkeit hinaus kann natürlich nicht als Pupillarsubstitution gelten; l. 7. l. 14. l. 15. D. 28. 6. — § 8. J. 2. 16. Damit ist aber nicht gesagt, daß sie durchaus nicht gelte, sondern nur die Ueberschreitung der gesetzlichen Zeit gilt nicht; stirbt daher der Pupill vor erreichter Pubertät, so steht nichts ihrer Wirksamkeit entgegen, s. Erk. d. O. A. G. in Jena in Seufferts Archiv Bd. VI. H. 2. S. 298., Glück P. C. Bd. XL. S. 380., u. eben so wenig, wenn der Testator einen kürzeren Zeitraum festsetzte, als er gesetzlich befugt war; l. 21. l. 38. § 1. D. 28. 6., Puchta Vorlesungen Bd. II. S. 353.

Was aber auch nicht als Pupillarsubstitution gelten kann, wird gleichwohl als fideicommissarische alsdann aufrecht erhalten, wenn der Testator solche gewollt hat, was äußersten Falls die Codicillarclausel ausdrückt und erreicht; s. Glück l. c., Höpfner Instit. Comm. § 506. not. 2., Stryck de cautel. test. Cap. 18. Membr. 2. § 24.

Zu 6a) Es ist im Zweifel anzunehmen, die bei jedem Substituirten genannte Zeit beziehe sich ausschließlich auf ihn; Mevius kann also im unterstellten Fall, da der Sohn schon im 8ten Jahre starb, nicht verlangen, daß Titius mit ihm theilen soll, sondern Titius schließt den Mevius aus; l. 43. § 1. D. 28. 6., Glück P. C. Bd. XL. S. 383.

Zu 7) So viel auch über diese Frage von Romanisten gestritten worden ist, s. Francke Recht der Notherben S. 453., Zimmern und Neustetel römisch-rechtl. Untersuchungen S. 83., Thibaut im civilist. Archiv Bd. V. S. 345. Bd. X. S. 217., Unterholzner das. Bd. II. S. 52., v. Löhr das. Bd. V. S. 105. u. IX. S. 99., Fuhr und Hoffmann civilist. Versuche Bd. I. S. 81., so sind doch am Ende wohl Alle darüber einverstanden, daß — wenn auch l. 8. § 5. D. de inofficioso testam. (5. 2.) noch Zweifel übrig ließe — doch besonders auch nach canonischem Recht, cap. 1. in VIto. (3. 11.) der Satz feststehe, daß

der Vater bei Errichtung der secundae tabulae keinerlei Verbindlichkeit habe, irgend einen Notherben des Pupillen zu bedenken, s. die Lehrbücher von Schweppe Bd. V. S. 109., Thibaut § 837. (Ed. 8.), Höpfner Instit. Comm. S. 575. § 508. not. 9., Glück P. C. Bd. XL. S. 390., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 115., Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 345., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 453. not. 3., Stryck de caut. test. Cap. 18. Membr. 2. § 17., jedoch mit dem Beisatz: in Saxonia Electorali aliud receptum esse asserit, Carpzov P. III. const. 8. § 1. Dasselbe muß auch gesagt werden vom Würtembergischen Landr. Th. III. tit. 12., zum Theil auch vom Cod. Bavar. civ. P. III. cap. 3. § 20. no. 11., indem da die Mutter durch den Pupillarsubstituten nur von demjenigen Vermögen ausgeschlossen wird, welches dem Kind vom Vater selbst angefallen ist.

Doch darf die Mutter nicht durch eine tacita pupillaris substitutio ausgeschlossen werden, insbesondere dann nicht, wenn sie zur Miterbin ihres Kindes eingesetzt ist, l. 9. C. 6. 25., Glück P. C. Bd. XL. S. 293 ꝛc., Hellfeld Jurispr. for. § 1455., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 28. tit. 6. § 31., Stryck l. c. cap. 18. Membr. 2. § 17 u. 18., welche das beneficium singulare auch sogar für andere Notherben als in Praxi geltend erklären.

Bemerkenswerth scheint folgender Fall: der A. testirte also: „meine beiden Kinder setze ich zu meinen Erben ein, und wenn dieselben ohne Leibeserben oder in den Jahren der Unmündigkeit sterben würden, so soll mein gesammter Nachlaß auf meine Ehegattin und deren Bruder zu gleichen Theilen fallen; sollten übrigens besagte meine Kinder in ihren Minorennitäts- oder Majorennitätsjahren, verheirathet oder unverheirathet, aber ohne Leibeserben mit Tod abgehen, so soll den etwa lebenden Ascendenten hiemit ausdrücklich und titulo institutionis der ihnen gebührende Pflichttheil als Erbportion in diesem meinem letzten Willen angewiesen seyn.“ Nun starb eines der beiden Kinder in der Unmündigkeit, und die Wittwe prätendirte, in dessen Nachlaß habe sie sich mit dem andern Kind zu theilen; wenn man aber auch annehmen wollte, die Kinder seyen sich gegenseitig substituirt, so habe sie immer noch Anspruch auf den Pflichttheil, um welchen sie desto weniger gebracht werden könnte, als nach dem Inhalt des Testaments alle Ascendenten den Pflichttheil erhalten sollten, sie aber den nächsten Grad unter den Ascendenten behaupten könne. Gleichwohl wurde die Wittwe abgewiesen. Als substituta konnte sie nicht eintreten, während eines der beiden zu Erben eingesetzten Kinder noch lebte; die l. 10. C. 6. 26. entschied hier gegen sie, substitutionem tunc locum habere, cum uterque decesserit;

cogitasse enim patrem primo filio decedente fratrem suum in ejus portionem succedere. Den Pflichttheil konnte sie nicht erhalten, weil der Testator wenigstens in diesem Fall, wo er blos über sein eigenes Vermögen testirte, nicht verbunden war, auf Notherben seines Kindes Rücksicht zu nehmen, und die im Testament wirklich enthaltene Reservation des Pflichttheils für die Ascendenten nicht auf die Wittwe anwendbar war; denn offenbar hatte der Testator dabei nur die Absicht, im Fall seine Ehefrau nach den zu Erben eingesetzten Kindern sterben und an deren Oheim die ganze Erbschaft dann heimfallen würde, die Ascendenten nicht ganz zu übergehen. Der Testator sah seine Kinder als die nächsten Erben an, nach ihnen seine Gattin und seinen Schwager, und die weiteren Ascendenten sollten zur Erbschaft so lange keinen Zutritt haben, als seine Frau und Mutter seiner Kinder nach dem Substitutionsrecht entweder mit oder ohne Concurrenz ihres Bruders zur Succession gelangen würde. So lange die Mutter der Kinder am Leben war, konnte von einem den Ascendenten gebührenden Pflichttheil nicht die Rede seyn, weil sie als die nähere Ascendentin jene ausschloß. Die Ascendenten außer der Mutter konnten also einen Pflichttheil nur dann fordern, wenn der eingesetzte Schwager aus der Concurrenz seiner Miterbin durch deren Todesfall herausgesetzt seyn würde; s. Gmelin und Elsässer gemeinnützige Beobachtungen u. Rechtsfälle Bd. V. S. 187.

Zu 8) Diese Frage ist noch immer unter den Rechtsgelehrten sehr streitig; s. v. Löhr im civilist. Archiv Bd. IX. S. 99. Bd. XXII. S. 315., Fritz in s. Ausgabe von Wening-Ingenheims Lehrb. Bd. III. S. 272., Glück P. C. Bd. XL. S. 445., Warnkönig in Roßhirt's Zeitschr. Bd. II. S. 1. u. in Linde's Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. XVIII. S. 286., v. Vangerow Pand. Bd. II. §. 454. Es ist wohl zuvörderst auf das Princip zurückzugehen. Der Vater, welcher pupillariter substituirt, disponirt in einem Testament über zwei Erbschaften. Wenn sich nun diese in der Person des Pupillen oder des Substituten vereinigen, so sind sie untrennbar, denn Niemand kann eine Erbschaft nur theilweise erwerben; l. 10. § 2 u. 3. D. 28. 6. — l. 10. l. 35. pr. l. 59. l. 80. § 1. D. 29. 2. — l. 20. C. 6. 30. Aus diesem Princip der Untrennbarkeit gehen bei der Anwendung auf einzelne Fälle folgende Ergebnisse hervor:

I. Der Vater starb zuerst und

a) der Substitut hat dessen Erbschaft ausgeschlagen, will aber die des Pupillen erwerben. Dies kann er in der Regel nur dann, wenn der Pupill auch nicht Erbe des Vaters geworden ist, l. 41. D. 29. 2., im entgegengesetzten Fall aber nicht, l. 10.

§ 3. D. 28. 6.; doch gilt eine Ausnahme, wenn der Substitut, was in diesem Gesetz nicht vorausgesetzt ist, ein heres suus des Testators war; l. 12. D. 28. 6. — cf. l. 40. in f. D. 29. 2. — l. 27. § 2. D. 36. 1., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. S. 112. — Oder

b) der Substitut hat die väterliche Erbschaft angenommen, will aber die des Pupillen ausschlagen.

Dies geht durchaus nicht an, weil man eine Erbschaft nicht theilweise annehmen, theilweise ausschlagen kann.

II. Der Pupill starb zuerst, und der Substitut hat

a) die Pupillarerbschaft angenommen, will aber die nachher ihm angefallene väterliche Erbschaft ausschlagen.

Dies kann er nur dann, wenn nicht der Pupill bereits Erbe seines Vaters geworden ist. — Oder umgewandt:

b) er hat die Erbschaft des Pupillen repudiirt, will aber nun zur Erbschaft des Vaters greifen.

Dies kann er nicht mehr, gleichviel ob der Pupill Erbe seines Vaters geworden ist, oder abstinirt hat, oder exheredirt war.

Unbestritten ist übrigens der Fall, wenn der Pupillarsubstitut nicht zugleich zur väterlichen Erbschaft gerufen war. Da kann der Substitut das Vermögen des Pupillen erben, ohne mit der väterlichen Erbschaft in Berührung zu kommen, wenn der Pupill seinen Vater nicht beerbt hat, l. 28. D. 42. 5. — l. 42. pr. D. 29. 2.; ist aber der Pupill Erbe seines Vaters geworden, so muß der Substitut auch die väterlichen Schulden mit übernehmen; l. 10. § 2. D. 29. 2. — l. 28. D. 42. 4.

Zu 9) Daß die Substitution hinfällig wird, wenn das Testament nullum, irritum, ruptum oder destitutum wird, darüber ist kein Zweifel, doch ist für den letzteren Fall eine Ausnahme zu beachten. Wenn nämlich ein heres suus von der väterlichen Erbschaft abstinirt, so bleibt die Substitution gleichwohl bei Kräften; l. 2. § 1. in f. l. 12. D. 28. 6. — l. 44. D. 42. 1. — l. 30. § 10. in f. D. 40. 5., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. § 674., sowie auch, wenn die Erbschaft blos zur Vernichtung der Substitution ausgeschlagen wird; l. 2. § 1. D. 28. 6., Schweppe l. c. Bd. V. § 812. Einige halten auch dann, wenn das Testament mit der qu. inofficiosi umgestoßen wird, die Substitution für hinfällig, allein wohl mit Unrecht, denn die Nov. 115. c. 3. läßt für diesen Fall legata, fideicommissa, libertates, tutorum dationes et quaelibet alia capitula bei Kräften; Höpfner l. c. § 508., Glück P. C. Bd. XL. S. 428 u. 472. no. 4. Bd. XXXVII. S. 18. u. not. 39.

In Ansehung der übrigen Erlöschungsgründe der Pupillarsubstitution, welche sich in den Lehrbüchern gleichförmig vorgetragen finden, ist nur folgende Controverse zu berühren. Wird ein Unmündiger arrogirt, so kann zwar auch der arrogator ihm pupillariter substituiren, aber nur in Beziehung auf das von ihm selbst erworbene Vermögen; l. 10. § 6. D. 28. 6. — l. 22. § 1. D. 1. 7. — Das frühere Vermögen des Pupillen, und was er unabhängig vom arrogator erwirbt, muß dessen ungeachtet zufolge der vom arrogator zu leistenden Caution dem Erben des Pupillen, mithin dem ihm vom leiblichen Vater gesetzten Pupillarsubstituten herausgegeben werden. Dabei ist nun streitig, ob dieser als Erbe oder als Gläubiger anzusehen sey. Richtiger ist es wohl, nicht mit Cujac. Comm. IX. 29. Quaest. Papiniani ad l. 40. D. de vulgari et pupillari Substit. u. Westphal von Testamenten § 713. die hereditatis petitio, sondern mit Mühlenbruch in Glücks P. C. Bd. XL. S. 410. die actio directa oder utilis ex stipulatu hier eintreten zu lassen.

Schließlich ist zu erwähnen:

a) Der Pupillarsubstitut eines Kindes, das selbst einem anderen Kinde pupillariter substituirt ist, gilt nicht deshalb auch als Pupillarsubstitut des letzten; s. Löhr im civil. Archiv Bd. IX. S. 115., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 453. not. b.

b) Außer den in der Natur der Sache von selbst sich ergebenden Erlöschungsgründen der Pupillarsubstitution ist noch der Verlust für den Substituten, im Fall er versäumt hat, dem Pupillen einen Vormund zu erbitten, l. 10. C. 6. 58., zu bemerken.

---

c) Quasipupillarsubstitution.

1) Die dem Vater nicht allein, sondern auch der Mutter zustehende Befugniß, einem nicht etwa nur an periodischer Geistesabwesenheit Leidenden, sondern perpetuo mente capto, l. 9. C. 6. 22., Glück P. C. Bd. XLI. S. 1., oder auch — falls er durch eine Curatelbestellung dem mente captus gleich behandelt worden ist — einem fatuo, s. Glück l. c. S. 43. zu substituiren (niemals jedoch einem vom Wahnsinnigen, bevor er in diesen Zustand verfiel, schon errichteten Testament präjudicirlich, § 1. J. 2. 12., Mackeldey Lehrb. § 671.), ist bekanntlich in so weit gesetzlich beschränkt, daß nicht nur dem mente capto der Pflichttheil hinterlassen werden muß, sondern auch, wenn derselbe geistig gesunde Kinder hat, nur

eines von diesen und in deren Ermangelung eins der Geschwister desselben,*) aber kein Fremder substituirt werden kann. Wenn nun aber der mente captus mehrere Kinder hat, und der parens nur eines derselben ihm substituirt, muß er den übrigen nicht wenigstens den Pflichttheil hinterlassen?

2) Kann die Pupillarsubstitution auch auf Taubstumme und Verschwender ausgedehnt werden?
3) Kann der Testator auch dem rechtmäßig enterbten Wahnsinnigen substituiren?
4) Ist die Quasipupillarsubstitution auf das eigene Vermögen des Testirers beschränkt, oder kann sie sich auch auf dasjenige Vermögen erstrecken, welches demjenigen, dem substituirt werden soll, anderwärts anfällt?
5) Wenn mehrere Ascendenten dem Wahnsinnigen quasi pupillariter substituiren, welche dieser Substitutionen hat dann den Vorzug vor der andern?
6) Kann der Großvater dem wahnsinnigen Enkel, dessen Vater noch lebt, substituiren?
7) Ist es auch bei der Quasipupillarsubstitution nothwendig, daß der Vater auch sich selbst ein Testament machen muß?
8) Erlischt diese Substitution von selbst, wenn der sie veranlassende Zustand aufhört, oder sonstige Veränderung der Umstände eintritt?
9) Kann die Mutter eines unehelichen Kindes demselben quasi pupillariter substituiren, insbesondere auch für die Dauer seiner Unmündigkeit?

Zu 1) Verschiedene der neueren Rechtslehrer bejahen diese Frage nach dem Vorgang des Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 6. no. 31. wegen der Vorschrift in l. 43. pr. D. 28. 6.**) und weil das Gegentheil sich mit dem vom Kaiser ausdrücklich dieser Institution zum Grund

---

*) Madihn Opusc. vicissitudines substitut. exemplaris continens Hal. 1775. dehnt dies auch auf Halbgeschwister aus, s. jedoch dagegen Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLI. S. 8.

**) Diese Gesetzstelle behandelt den Fall, daß ein Vater seinem stummen Sohn substituirt hatte, dieser jedoch nach seines Vaters Tod heirathete, und einen Sohn zeugte. Hier entschied der Kaiser, daß die Substitution wegfalle; die Unfähigkeit des Sohns war ja keine absolute, und durch die Geburt eines heres suus werde die Substitution rumpirt.

gelegten Humanitätsprincip nicht vereinbaren ließe; l. 9. C. 6. 26., s. Puchta Lehrb. § 472., Francke Notherbenrecht § 36. Die herrschende Meinung hält sich aber an die Worte der l. 9. C. 6. 26. non licet parenti alios quam ex eo descendentes, unum, vel certos vel omnes substituere und an die damit in Verbindung stehenden: ut occasione hujusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris querela nulla contra testamentum eorum oriatur; Walch Intr. in controv. jur. civ. pag. 234. § 42. (Ed. 3.), Zimmern im civilist. Archiv Bd. II. S. 289., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 28. tit. 6. § 11., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. h. t. § 44., Mühlenbruch in Glücks P. E. Bd. XL. S. 487., Fuhr u. Hoffmann civilist. Versuche Bd. I. S. 81., Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 345. u. System d. P. R. § 840. (Ed. 8.)

Zu 2) Taubstummen kann nur nach besonderer Bewilligung des Regenten substituirt werden; l. 43. pr. D. 28. 6. H. z. T. ist diese höchst selten denkbar, vielmehr das eigene Recht zu testiren den Taubstummen, wenn sie nur ihren Willen deutlich und bestimmt erklären können, nach l. 10. C. 6. 22. und § 3. J. 2. 12. nicht zu versagen; Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 813. Ueberhaupt steht jeder Ausdehnung auf andere als mente captos der Grundsatz entgegen, daß jura singularia nie ausdehnend erklärt werden dürfen; Glück P. E. Bd. XLI. S. 40., Braun Erörter. zu Thibaut S. 651. no. 1. Es ist daher nicht räthlich, denjenigen Rechtslehrern zu folgen, welche eine Ausdehnung auf Taubstumme und gerichtlich erklärte Verschwender statuiren, z. B. Lauterbach l. c. § 44., Struv. Synt. jur. civ. Ex. 33. th. 36., Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 6. § 27., Stryck de caut. test. Cap. 18. Membr. 3. § 13. etc., Höpfner Instit. Comm. § 511., Westphal von Testamenten S. 560., Hofacker Princ. jur. civ. § 1319. No. 4.

Zu 3) Wegen der gesetzlichen Vorschrift, daß dem mente capto der Pflichttheil hinterlassen werden müsse, halten Viele dafür, daß dem Enterbten nicht pupillariter substituirt werden könne; s. Mackeldey Lehrb. § 671., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 234. § 41. (Ed. 3.) et autores ibi cit., Hallische Literaturzeitung vom Jahre 1836 no. 73. Allein, da die Regel, daß Kindern wenigstens der Pflichttheil hinterlassen werden müsse, allgemein, aber auch die Ausnahme bei einer verdienten exheredatio gemeingültig ist, so wird von den meisten Rechtslehrern dahin entschieden, daß die Enterbung aus einer vor dem Eintritt des Wahnsinns verschuldeten gesetzlichen Enterbungsursache zu Recht bestehe; Glück l. c. Bd. XLI. S. 2., Höpfner Instit. Comment. § 510. not. 5., Stryck de caut. test. cap. 18. Membr. 3. § 15.,

Donell. Comm. ad Lib. XXVIII. tit. 6. no. 7., Braun Erörter. zu Thibaut § 704. no. 5.

Zu 4) Die von einigen Neueren, namentlich Francke Notherbenrecht § 36., Unterholzner im civil. Archiv Bd. II. S. 57., v. Löhr daselbst Bd. V. S. 105. u. IX. S. 100. in diesem Punkt behauptete und vorzüglich von v. Vangerow Pand. Bd. II. § 456. vertheidigte Abweichung von dem Wesen der Pupillarsubstitution, die Behauptung nämlich, daß die Wirkung der Subst. exempl. nur auf das eigene Vermögen des parens zu beschränken sey, welche Voet in Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 6. no. 33. ex moribus sane hodiernis (doch wohl nur nach der Gewohnheit seines Landes) für entschieden erklärt, hat noch immer die gemeine Meinung gegen sich, nach welcher der parens nicht nur sich, sondern auch dem furioso das Testament macht, und nicht blos über sein eigenes, sondern auch über des Wahnsinnigen Vermögen gültig testirt; l. 9. C. 6. 26. — l. 43. pr. D. 28. 6., Thon gesammelte Rechtsfälle Bd. I. S. 245., Mühlenbruch Forts. v. Glück P. C. Bd. XL. S. 482. u. XLI. S. 9., Fuhr u. Hoffmann civil. Vers. S. 84., Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 337. u. Bd. X. S. 217., Mackeldey Lehrb. § 671., Puchta Lehrb. § 472., v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 461. (91.) Es ist nämlich, wie neuerlich auch Düffer D. de impuberum et aliis substitutionibus Hal. Sax. 1848. ausgeführt hat, nicht zu verkennen, daß die Gesetze die Quasipupillarsubstitution der Pupillarsubstitution ganz gleichstellen, l. 9. C. 6. 26., was sehr bestimmt aus pr. § 1. J. 2. 16. zu entnehmen ist, und daß der Zweck auf andere Weise nicht vollständig erreicht werden könnte.

Zu 5) Vorausgesetzt, daß die vorige Frage, sowie geschehen, beantwortet werden müsse, — denn wenn der Substituent nur in sein eigenes Vermögen substituiren konnte, so würden ja die mehreren Substitutionen ohne Anstoß neben einander bestehen, — ist unter verschiedenen Meinungen, z. B. die Substitution des zuletzt sterbenden Ascendenten soll allein gelten, s. Heimberger im civil. Archiv Bd. XII. S. 254 ꝛc., oder daß beide Substitutionen neben einander so weit als möglich bestehen, wo es aber zu Collision kommt, Theilung eintrete, oder daß jeder Substitut das von seinem Substituenten selbst herrührende Vermögen erhalte und das übrige Vermögen des Blödsinnigen unter den Substituten getheilt werde, Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 28. tit. 6. § 39., Höpfner Instit. Comm. § 510. not. 1., Voet l. c. § 33., Mackeldey Lehrb. § 671., Mühlenbruch Forts. von Glück P. C. Bd. XLI. S. 29., — gewiß ad exemplum pupillaris substitutionis die angemessenste Entscheidung

für den Vorzug des pater familias, Donell. Comm. Lib. VI. cap. 27., Puchta Lehrb. § 472., v. Wening-Ingenheim Lehrb. § 465. (91.), Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. § 675., Schweppe l. c. Bd. V. § 813. not. 4. — so daß also nicht mit Höpfner Inst. Comm. § 510. no. 1., Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 341. no. 3. und Braun Erörter. zu Thibaut's System d. P. R. § 704. no. 6. daraus, daß die Exemplarsubstitution auch der Mutter gesetzlich eingeräumt ist, so viel zu folgern wäre, daß im Collisionsfall Vater und Mutter als völlig gleichberechtigt anzusehen und deshalb unter den collidirenden Substituten eine Theilung pro rata anzunehmen wäre, sondern in so weit die Substitution weiter als auf das eigene Vermögen des Substituenten geht, nur die Substitution des Inhabers der väterlichen Gewalt wirksam werde; s. Düffer D. cit. pag. 47. Ueberhaupt sind vermöge l. 9. C. 6. 26. alle Seitenverwandte, welche von dem Testator abstammen, anderen Personen vorzuziehen; Rehrhoff Archiv Bd. II. S. 201.

Zu 6) Da l. 9. C. 6. 26. dem Testirer auflegt, dem furioso die legitima zu geben, so kann sie wohl nur vom unmittelbaren parens verstanden werden. Lebt also der Vater, so muß wenigstens die väterliche Substitution den Vorzug haben; s. Braun Erörter. zu Thibaut § 704. no. 7., vergl. Glück P. C. Bd. XL. S. 489.

Zu 7) v. Löhr im civil. Archiv Bd. V. S. 112. hält dies zwar nicht für nöthig, allein seiner Meinung ist nicht nur die Rechtsanalogie der Pupillarsubstitution entgegen, sondern sie ist auch mit der Vorschrift der l. 9. C. 6. 26., welche dem substituirenden parens zur Pflicht macht, dem Kind die legitima zu gewähren, nicht wohl vereinbarlich, indem hiebei doch in Gemäßheit der Nov. 115. c. 3. an ein Testament des parens über sein eigenes Vermögen gedacht werden muß; Glück P. C. Bd. XLI. S. 3., Höpfner Instit. Comm. § 510., Braun Erörter. zu Thibaut § 704. no. 8.

Zu 8) Da selbst die durch landesherrliche Erlaubniß bewirkte exemplarische Substitution von selbst erlischt, wenn der Grund derselben aufhört, l. 43. pr. D. 28. 6., so muß auch überhaupt angenommen werden, daß mit dem Rechtsgrund auch das Recht selbst hier aufhöre. Zweifelhaft ist es, ob eine auf solche Weise erloschene Substitution durch späteren Rückfall in den Wahnsinn wieder wirksam werde. Donell. Comm. jur. civ. Lib. VI. c. 27. behauptet dies mit mehreren älteren Rechtsgelehrten, in so ferne nicht inzwischen in geistig gesundem Zustand vom furioso selbst testirt worden ist. Indessen streitet dagegen nicht nur die Analogie des Princips, daß einem nur periodisch an Geistesabwesen-

heit Leidenden nicht substituirt werden kann, sondern auch die Rechtsregel, daß ein Einmal zerstörtes Testament nicht von selbst wieder hergestellt werde; Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLI. S. 35. no. 8.

Wird dem Wahnsinnigen ein vernünftiges Kind geboren, nachdem sein Vater für ihn bereits testirt hat, so wird dieses Testament rumpirt, l. 43. pr. cit., etiam agnatione sui heredis dicendum est, rumpi substitutionem.

Zu 9) Der Mutter eines außerehelichen wahnsinnigen Kindes wird zwar hie und da das Recht der exemplarischen Substitution besonders während der Unmündigkeit des Kindes bestritten, Voet Comm. l. c. § 28., allein da auch das uneheliche Kind von der Mutter den Pflichttheil zu fordern berechtigt ist, so kann wohl der Consequenz nach auch das Substitutionsrecht der Mutter nicht abgesprochen werden, und wenn auch das Kind in der Unmündigkeit stirbt, so folgt daraus, daß sie ihm nicht pupillarisch substituiren kann, keineswegs, daß sie ihm auch nicht exemplarisch substituiren könne; Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 28. tit. 6. § 40., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XL. S. 489.

---

§ 8. Von der Exhibition*) und dem Beweis des Testaments.

Dig. XLIII. 5. Cod. VIII. 7. de tabulis exhibendis.

1) Zufällige Zerstörung oder Beschädigung des schriftlichen Testaments schadet bekanntlich nicht, wenn nur der Inhalt desselben genügend dargethan werden kann, l. ult. D. 28. 3. — l. 1. D. 28. 4. — l. 1. § 3. 10. 11. D. 37. 11. — l. 30. C. 6. 23. Wenn aber das außergerichtlich errichtete Testament oder das über ein gerichtliches Testament aufgenommene Protokoll verloren gegangen ist, sind dann andere Beweise der Existenz und des Inhalts des letzten Willens selbst dann zulässig, wenn das Testament schon vor dem Tod des Testirers zu Grunde gegangen ist?

*) Diese ist h. z. T. durch Landrecht und Gerichtsordnung geregelt; s. übrigens Glück opusc. Fasc. I. no. 1. de testam. privati solennis probatione, vgl. oben S. 630. § 5. B. Fr. 3. Ein Testament, welches zu seiner Errichtung der Zeugen bedurft hätte, muß vom Testator selbst, durch einen Procurator kann es aber dann dem Gericht übergeben werden, wenn es ein privilegirtes ist, welches der Zuziehung von Zeugen oder der gerichtlichen Hinterlegung zu seiner Gültigkeit gar nicht bedurfte; s. Erk. d. O. A. G. in Zerbst in Emminghaus Sächs. Pand. S. 163. no. 240.



2) Genügt der Beweis eines mündlichen Testaments durch 2 Zeugen? und findet auch Eidesdelation an den Besitzer der Erbschaft oder an die Intestaterben statt?
3) Kann der Beweis eines vom Testirer seinem Erben mündlich auferlegten Fideicommisses nur durch Eideszuschiebung an diesen, oder auch durch Zeugen geführt werden?
4) Wenn 2 Testamente vorhanden sind, von welchen man, weil bei dem Einen oder bei beiden das Datum fehlt, nicht weiß und auch aus dem Inhalt es nicht bestimmt erkennen kann, welches das neuere und welches das ältere ist, was ist die rechtliche Folge?

Zu 1) Da einige Gesetzstellen den Beweis der gesetzmäßigen Errichtung und des Inhalts eines verloren gegangenen Testaments ohne Unterschied gestatten, s. l. 1. § 3. D. 28. 4. — l. 10. § 2. D. 29. 3.*), so findet man gewöhnlich diese Frage bejaht, s. Schweppe röm. Pr. R. Bd. V. § 804, v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 470. (99.), indessen sprechen die l. 1. D. 37. 2. — l. 1. § 3. 10. 11. D. 37. 11. — l. 11. l. 30. C. 6. 23. doch nur von einem nach dem Tod des Testirers abhanden gekommenen Testament. Auf letzteres beschränkt sich Thibaut im System d. P. R. § 891. (Ed. 8.), wogegen Schweppe l. c. erinnert, daß der letzte Wille zum Zweck der bon. poss. zur Zeit des Todes des Testirers noch vorhanden seyn müsse, gehöre zu den älteren Eigenheiten dieser Successionsart. Hiernach wird zwischen dem einen und anderen Fall kein weiterer Unterschied stattfinden, als daß den gesetzlichen Erben gegen den, welcher auf ein vor dem Tode des Testirers schon gemangeltes Testament Erbansprüche gründen will, der Beweis, daß der Testirer von dessen Untergang gute Wissenschaft gehabt habe, nachgelassen werden müßte; vergl. Hagemann und Günther Archiv Bd. II. S. 75. Ueberhaupt dürfen nicht solche Umstände entgegenstehen, aus welchen eine Willensänderung des Testators hervorleuchtet; s. Arndts im Rechtsl. Bd. V. S. 218. Herrscht Dunkelheit und Ungewißheit über den Inhalt der im Testament gemachten Verfügungen, oder über die Umstände, unter welchen es errichtet worden, so kann demselben keine Wirksamkeit zukommen; Mevii Dec. 6. 8. dec. 7., Quistorp Beiträge S. 227.

*) Einen interessanten Fall, wo eine testamentarische Erbeinsetzung, ungeachtet sich ein Testament nicht vorfand, auf andere Weise für bewiesen angenommen wurde, s. G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. Abth. 1. no. 103.

Zu 2) Zum Beweis eines verlornen gerichtlichen Testaments genügt wohl nach c. 28. X. de testam. (2. 20.), conf. Schweppe l. c. § 804., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 470. (100.) unbedenklich die eidliche Vernehmung des Gerichtscommissärs und Actuars, obgleich Semler in dem zu Fr. 1. angeführten Archiv S. 80. einen solchen von ihm sogenannten Privatbeweis ausschließt. Soll aber der Beweis eines abhanden gekommenen Privattestaments geführt werden, so geht zwar die Meinung Vieler dahin, daß die Zahl von 7 Zeugen nicht nöthig sey, weil diese nur zur Solennitas actus erfordert würden, zur Erprobung was immer für einer Thatsache aber 2 Zeugen genügen müßten; Leyser Sp. 388. Med. 4., Stryck de cautel. testam. Cap. 15. § 43., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. IV. th. 19. not. 3., Quistorp Beitr. zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien no. XVI., Walch Introd. in controv. j. c. pag. 305. (Ed. 3.), Seuffert Erörter. zur Lehre vom Erbrecht no. 7., Hartitzsch Erbr. § 65., Hellfeld Jurispr. for. § 1413 u. 1417. und es wird dafür auch der Gerichtsbrauch behauptet, s. Hagemann u. Günther l. c. Bd. II. S. 88., indessen sind die meisten Neueren der früher schon von Donell. Comm. de jure civili Lib. VI. c. 10. inf. Vol. III. pag. 367. behaupteten und von Glück P. C. Bd. VII. S. 504. u. Bd. XXXV. S. 8. weiter ausgeführten Meinung beigetreten, daß das Gesetz, um der Gewißheit einer Handlung willen, über welche der Urheber nicht mehr Rede geben kann, eine außerordentliche Zahl von Zeugen erfordere, l. 32. C. 6. 42. ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes majorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur, mithin die erforderliche Gewißheit nicht durch 2 Zeugen desfalls hergestellt werden könne', sondern nur durch die 7 testes rogatos, daher auch nicht einmal durch zufällig beim Act anwesend gewesene Zeugen; Braun Erörter. zu Thibaut § 740., Thibaut System § 891. (Ed. 8.), Puchta Pand. § 516., Arndts l. c. und die Lehrbücher von Hofacker, Malblanc und Günther; doch hält der von Glück l. c. Bd. XXXV. S. 8. not. 10. für seine Meinung angeführte Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 804. in dem Fall 2 Zeugen für zulänglich, wenn deren Mehrere nicht mehr am Leben sind, und auch Thibaut l. c. erkennt es wenigstens als die Meinung Vieler an, daß die abgestorbenen Zeugen durch andere ersetzt werden können, was der gesetzlichen Begünstigung der letzten Willen entspricht, nam publice expedit, suprema hominum judicia exitum habere, l. 5. D. 29. 3., sowie dem Grundsatz, die Beweislast zu erleichtern, wenn der Beweisführer ohne seine Schuld früher vorhanden gewesene Beweismittel verloren hat.

Manche halten auch die Eideszuschiebung für zulässig, s. Deinlin D. de licita jurisjurandi judicialis delatione super facto illicito et spec. libertatem testandi restringente. Altdorf 1739., Quistorp Beitr. S. 232., was wenigstens nicht unbedingt mit Glück P. C. Bd. VII. S. 508. zu verwerfen, sondern in dem Fall zuzugestehen seyn wird, wenn die Thatumstände von solcher Beschaffenheit sind, daß sie dem Delaten bekannt geworden seyn konnten oder mußten.

Ist das Testament dolos unterschlagen worden, so braucht blos der dolus bewiesen zu werden, s. Danz Grundſ. d. ordentl. gem. bürgerl. Proc. § 325. not. a. Ueber das interdict. de tabulis exhibendis s. Schweppe l. c. § 805.

Zu 3) S. unten Kap. X. § 5. vom s. g. Oralfideicommiß.

Zu 4) Die Meinung Einiger, daß beide gelten sollen, s. Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVIII. S. 486., Stryck de succ. ab intestato Diss. IX. cap. 4. § 37., ist gewiß zu verwerfen, vielmehr zu behaupten, daß dann keines von beiden gelte, vermöge der Regel: paganus cum duobus testamentis decedere nequit; nur dann, wenn sie unzweifelhaft zu gleicher Zeit gemacht sind, wird eines als Theil des andern angesehen, und beide werden als ein Ganzes erhalten; l. 1. § 6. l. 11. § 2. D. 37. 11., Höpfner Instit. Comm. § 518., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 782. not. 6. u. § 807., Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 3. no. 9., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 460. II. 5.

---

§ 9. Von Eröffnung der Testamente, deren Anerkennung und Vollziehung.

Da hierüber h. z. T. das Particularrecht und die Gerichtsverfassung jedes einzelnen Landes die nöthigen Bestimmungen darbietet, so ist füglich dahin zu verweisen. Hienach entscheidet es sich auch, ob die Vorschrift der l. 2. § 6. D. 29. 3. — l. 3. C. 6. 32., daß der Richter das Datum des Testaments nicht mit publiciren soll, um zu verhüten, daß etwa ein neueres Testament betrüglich untergeschoben werde, h. z. T. noch im Gebrauch sey, wovon Voet Comm. ad Pand. Lib. II. tit. 13. § 2. Lib. XXIX. tit. 3. § 4. wohl mit Grund das Gegentheil bezeugt; desgleichen die Bestimmung der Nov. 1. c. 1.*), daß der Erbe, welcher den letzten Willen in Jahresfrist nach erhaltener obrigkeitlicher Admonition unerfüllt

*) S. auch Auth. Cod. l. ult. C. 6. 42.

läßt, dessen, was ihm darin hinterlassen ist, jedoch ohne Einbuße des Pflichttheils, verlustig seyn soll, wobei übrigens die Meinungen noch darüber getheilt sind, ob das Gesetz nur von demjenigen zu verstehen sey, welcher die Erbschaft angetreten und nur irgend eine Vorschrift desselben unerfüllt gelassen hat, oder auch von demjenigen, welcher so lange mit der Erbschaftsantretung zurückhält, s. Stryck de success. ab intest. Diss. I. c. 1. § 30., Lauterbach D. de testamento destituto § 27. Ersterer, obgleich seinerseits anderer Meinung, sagt: communis videtur sententia, utroque casu huic Novellae locum esse. Interessante Ueberbleibsel römischer Testamente und Eröffnungsacte aus dem 6ten Jahrhundert s. Spangenberg im civilist. Archiv Bd. V. S. 144. Uebrigens s. Westphal von Vorlegung und Eröffnung der Testamente. Leipz. 1790. Leyser Sp. 373. Med. 1—3.

Ueber die Frage: in wie ferne die Anerkennung des Testaments von Seite der Erbinteressenten auch stillschweigend angenommen werden könne? s. Martin Rechtsgutachten Bd. I. no. 2., Elvers allgem. jurist. Zeitung Bd. I. S. 355 u. 361.*) Häufig pflegt das Gericht die Intestaterben zur Eröffnung eines vorhandenen Testaments und zur Erklärung über dessen Anerkennung oder Nichtanerkennung binnen eines vorgesteckten Termins unter dem Präjudiz vorzuladen, daß nach dessen Ablauf das Testament als von ihnen anerkannt angesehen würde. Allein dieses Präjudiz ist unwirksam, und kann eine später gegen das Testament erhobene Nichtigkeitsklage nicht hindern, denn der Richter kann den gesetzlichen Zeitraum für die Klage nicht beschränken; s. Glück P. C. Bd. VI. § 552., Sintenis pr. Civilr. Bd. III. § 181 u. 182. Ueber die Frist zur Antretung einer Erbschaft s. unten Kap. VI. § 2. Fr. 1.

Von Testaments-Executoren insonderheit.

1) Ist der competente Richter stets als gesetzlicher Testamentsexecutor anzusehen?

2) Können auch Frauen Testamentsvollzieherinnen werden?

---

*) Ueber die Frage: ob ein Vergleich über ein noch nicht eröffnetes Testament ungültig sey, in so ferne nicht die Transigenten dessen Inhalt bereits gekannt haben, s. Glück P. C. Bd. V. § 349. Der Gerichtsbrauch ist, der l. 6. D. 2. 15. gemäß, für die Ungültigkeit eines solchen Vergleichs, s. v. Hartitzsch Entscheidungen rc. no. 423.

3) Ist die eidliche Verpflichtung des Testamentsexecutors erforderlich?
4) Im Allgemeinen können die Functionen eines Testamentsvollziehers in Betreff der Inventur=Versicherung des Nachlasses und Rechnungsablage, Aufforderung der Erben, sich über die Antretung der Erbschaft zu erklären ꝛc., als bekannt vorausgesetzt werden; doch ist es zweifelhaft,
   a) ob dem Testamentsexecutor ohne besondere ihm durch das Testament ertheilte Autorisation die Auslegung der Testamente bei vorkommenden Zweifeln zusteht;
   b) ob ein schiedsrichterliches Amt, wenn die Erben uneinig sind;
   c) ob er Pacht= und Miethverträge schließen und erneuen, auch Veräußerungen vornehmen und Erbschaftsgläubiger bezahlen darf?
5) Kann dem Testamentsvollzieher, um sich in den Besitz des Nachlasses zu setzen, das remedium ex lege ult. C. de Edicto Divi Hadriani tollendo (6. 33.) zugestanden werden?
6) Steht dem Testamentsexecutor ein Widerspruchsrecht zu, wenn sämmtliche Erben und sonstige Interessenten über eine Abweichung von der testamentarischen Vorschrift einig sind?
7) Wenn mehrere Executoren ernannt sind, so ist es Regel, daß sie vereint zu handeln haben, arg. c. 6. de procur. in VIto. (1. 19.), Lauterbach D. de executor. ultimar. volunt. c. IX. no. 107., dessen Diss. acad. T. II. no. 79. und Roßhirt über Testamentsexecutoren in s. Zeitschr. Bd. I. S. 217., so daß der Andere nur dann gültig vollziehen kann, wenn der Eine durch Abwesenheit oder Tod verhindert ist, c. 2. § 1. de testam. in VIto. (3. 11.); was hat aber dann zu geschehen, wenn die coexecutores unter sich dissentiren?
8) Darf der Testamentsvollzieher, auch wenn ihn der Testator nicht speciell dazu ermächtiget hat, einen Andern substituiren?
9) Kann er ein Honorar fordern, wenn der Testator, welcher ihn berufen, nichts darüber bestimmt hat?
10) Wenn der Testamentsvollzieher bereits Geschäfte seines Amts begonnen hat, in der Folge aber sein Amt wegfällt, indem z. B. der eingesetzte Erbe nicht Erbe werden kann oder will, müssen dann diejenigen, welche den Nachlaß an sich zu ziehen berechtiget sind, seine Handlungen gelten lassen?
11) Ist, wenn mehrere Executoren ernannt sind, Jeder nur für sich oder Einer für den Andern verantwortlich?

12) Steht den Legataren wegen der ihnen bestimmten Vermächtnisse ein Klagrecht blos gegen die Erben oder auch gegen den Testamentsvollzieher zu?

Zu 1) Wenn dies von Einigen angenommen wird, s. Puchta Handb. des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen Rechtssachen Th. II. § 240. S. 269., Leyser Sp. 374. Med. 10., so ist es, wie in Glück P. C. Bd. XLIII. S. 408. richtig bemerkt ist, mit der Einschränkung zu verstehen, daß richterliche Thätigkeit nicht ohne gegebene Aufforderung einzutreten habe; z. B. Curatel-Anordnung für Minderjährige, Abwesende u. dergl. und die Sorge für die Ausführung gewisser besonders begünstigter letztwilliger Anordnungen, cf. l. 7. D. 33. 1. — l. 3. D. 34. 1.

Wenn Einige den Richter vermöge des Oberaufsichtsrechts für befugt erachten, dem Executor Rechnung abzufordern und diese ex officio zu prüfen und zu moniren, s. Scholz über Testamentsvollzieher S. 51., so ist dies wohl nach Glück l. c. S. 431. nur auf Fälle des öffentlichen Interesses und wo entweder nach allgemeinen Grundsätzen oder nach besonderen Vorschriften, z. B. l. 3. D. 34. 1. — l. 7. D. 33. 1., die officielle Thätigkeit begründet ist, einzuschränken.

Zu 2) Die Bejahung dieser Frage, welche aus cap. 3. X. de testam. (3. 26.) argumentirt wird, s. Lauterbach Diss. cit. cap. VI. no. 3., Glück P. C. Bd. XLIII. S. 415., Roßhirt über testam. Executoren in seiner Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht Bd. I. S. 227., versteht sich mit Ausschluß eigentlicher negotia virilia, wie z. B. schiedsrichterliches Amt oder Vertretung vor Gericht; s. Scholz über Testaments-Vollzieher. Altenburg 1841. § 15.

Zu 3) Gemeinrechtlich nicht; s. Lauterbach l. c. cap. IX. no. 11., Scholz l. c. S. 51.

Zu 4) Es fehlt zwar gar sehr an sicheren gemeinrechtlichen Bestimmungen über Rechte und Pflichten der Testamentsvollzieher. Was sich in den urkundlichen Nachrichten über das Geschäft der Salmänner und ähnlicher Vermittler des Willens eines Erblassers findet, fällt mit dem Begriff solcher Beauftragter weg, s. Glück P. C. Bd. XLIII. S. 405.

Die Praxis macht aus dem Testamentsvollzieher ein Mittelwesen zwischen Mandataren und Curatoren. Am sichersten wird man ihre Rechte und Verbindlichkeiten nach denen eines procurator omnium bonorum beurtheilen. Demnach kann ihm

zu a) keine Befugniß zur Entscheidung eingeräumt werden, wenn

die Erben über den Sinn der testamentarischen Bestimmung uneinig sind, wie gleichwohl Hellfeld Jurispr. for. § 1502. und Lauterbach l. c. cap. IX. no. 82. annimmt, denn entscheiden kann nur eine Richteramtsperson; l. 3. C. 3. 13., Scholz l. c. § 19 u. 21.

Zu b) Es kann wohl nicht mit Thibaut System d. P. R. § 1000. (Ed. 8.) angenommen werden, daß dem Testamentsvollzieher eo ipso ein schiedsrichterliches Amt zustehe, und auch der von ihm angeführte Leyser Sp. 374. Med. 8 u. 11. sagt vielmehr das Gegentheil; arbiter kann er nur durch eine — allerdings in der Macht des Testators nach l. 75. pr. D. de legat. I. (30.) — l. 1. § 1. D. de leg. II. (31.) — l. 11. § 7. D. de leg. III. (32.) — c. 13. X. de testam. (3. 26.) liegende, specielle und ausdrückliche testamentarische Autorisation werden, und selbst in diesem Fall kann sein schiedsrichterlicher Spruch binnen 10 Tagen durch Extrajudicial-Appellation angefochten werden; l. 5. pr. C. 2. 56., Glück P. C. Bd. XLIII. S. 420.

Zu c) Wenn ihm gleich alles dies in so weit zusteht, als es Nutzen und Nothdurft der Sache erheischt, so ist doch jedem Testamentsvollzieher sehr zu rathen, daß er nicht leicht die Zustimmung der Erben umgehe, oder wenn diese uneinig sind, die gerichtliche Autorisation, besonders bei Veräußerung von Immobilien, nachsuche, und besonders an Gläubiger nicht Zahlung leiste, bevor sie von den Erben dafür anerkannt sind; Cap. 19. X. de testam. (3. 26.), Glück P. C. l. c. S. 423 rc. In einem in Seuffert Archiv Bd. VI. H. 2. S. 311. erzählten Fall wurde dem Testamentsvollzieher zwar sogar die Legitimation zur Einklagung eines Erbschaftsschuldners von diesem aus dem Grunde bestritten, weil er dadurch in eine schlimmere Lage versetzt würde, indem er dem Executor nicht wie dem Erben den Eid zuschieben könnte, da Eide nicht von Bevollmächtigten, sondern von den Parteien selbst zu leisten seyen. Das O. A. G. in Dresden erkannte aber den Beklagten gleichwohl zur Einlassung für verbunden, mit dem Anhang, daß ihm der Gebrauch der Eideszuschiebung gegen die eingesetzte Erbin demungeachtet zu gestatten sey. Unzweifelhaft ist jedoch nur dann, wenn der Executor durch das Testament zur Einklagung der Schuldner des Erblassers ermächtiget ist, s. Seuffert l. c. Bd. III. S. 92., dessen Legitimation anzuerkennen.

Zu 5) Obgleich dasselbe eigentlich nur den Erben gegeben ist, so wird dasselbe doch gewöhnlich*) utiliter auch dem Testamentsexecutor eingeräumt, Lauterbach l. c. cap. IX. no. 25—30., Hofacker Princ.

---

*) Eine Ausnahme s. unten Kap. VII. Nr. 11.

jur. civ. T. II. § 1631. no. 4., Glück P. C. l. c. S. 418. not. 81. u. S. 443. arg. l. 8. D. 42. 4., und selbst direct, wenn er loco heredis ist, was dann der Fall ist, wenn nach der Landesgesetzgebung die Ernennung eines Erben nicht absolut im Testament erforderlich ist, und der Testator blos andere Dispositionen getroffen hat, zu deren Vollzug ein Testamentsexecutor von ihm bestellt ist; Glück P. C. l. c. S. 410—414., Roßhirt l. c. S. 232.

In diesem Fall stehen ihm auch die erbschaftlichen Klagen und sogar utilis hereditatis petitio zu; Lauterbach l. c. Cap. 9. no. 37—55., Glück P. C. l. c.

Zu 6) Leyser Sp. 374. Med. 11. bejaht diese Frage, allein da sich Zwecke des Testators denken lassen, für deren Erreichung nirgend ein Privatinteresse unter den Erbinteressenten sich findet, so würde der Testamentsexecutor sich doch nicht durch deren Willen gegen den Willen des Erblassers bestimmen lassen dürfen, wie in Glück P. C. Bd. XLIII. S. 433. richtig bemerkt ist. Daher sind Abweichungen, welche dem nach Umständen modificirt anzunehmenden Willen des Testators angemessen scheinen, nur mit Zustimmung der Obrigkeit als supremus executor ultimarum voluntatum vorzunehmen, s. z. B. l. 7. D. 33. 1., es wäre denn, daß die Sache keinen Aufschub litte; Leyser Sp. 374. Med. 10., Glück P. C. l. c.

Zu 7) Daß die Stimmenmehrheit dann zu entscheiden habe, wie Lauterbach Diss. cit. cap. 9. no. 122. mit mehreren von ihm angeführten Schriftstellern annimmt, scheint nicht so consequent, als der Grundsatz, daß in allen zweifelhaften Fällen richterliche oder obercuratorische Entscheidung eingeholt werden soll; Glück P. C. l. c. S. 435.

Zu 8) Dem executor legitimus wird diese Befugniß gewöhnlich ohne einige Einschränkung zugestanden, Lauterbach l. c. cap. 5. no. 14—20., Glück P. C. l. c. S. 436., dem testamentarisch ernannten Vollzieher nur in Verhinderungsfällen und minder wichtigen Gegenständen, arg. cap. ult. de procurat. in VIto. (1. 19.), Glück P. C. l. c., Scholz l. c. § 11., immer aber nur unter Selbsthaftung für seinen Substituten; l. 28. D. 3. 5.

Zu 9) Wenn ihm vom Testator nichts ausgesetzt ist, so kann er nichts weiter als den Ersatz seiner Auslagen und Verwendungen fordern; Lauterbach Diss. cit. cap. 10., dessen Diss. academ. T. II. no. 79., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 943., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 471. (101.) Wenn in Glück P. C. l. c. S. 447 rc. statuirt wird, daß die Obrigkeit ermächtiget sey, ihm, wenn das Vermögen nicht unbedeutend, das Geschäft aber beschwerlich ist, ein Salair

auszusetzen, so kann dies wohl nur von einem solchen Executor verstanden werden, welcher obrigkeitlich bestellt oder von den Erben selbst erwählt worden ist; denn außerdem kann der Fall nur entweder dieser seyn, daß der Executor sich dem Erblasser durch ein Versprechen für Uebernahme des Geschäfts verpflichtet, oder daß er dasselbe in Folge des ihm eröffneten Testaments freiwillig übernommen hat, ohne sich eine Belohnung zu bedingen, und in beiden Fällen ist kein Rechtsanspruch auf solche denkbar.

Zu 10) Allerdings; arg. l. 22. in f. D. 4. 4. — l. 44. D. 42. 1. — l. 90. D. 46. 3., Glück P. C. Bd. XLIII. S. 112. S. 142. no. 5. S. 440.

Zu 11) Mit Beziehung auf l. 26. D. de neg. gest. (3. 5.) wird angenommen, daß Jeder nur für seine eigenen Versehen hafte, und zwar, wenn er keinen Vortheil aus dem Testament hat, nur für dolus und culpa lata, außerdem für diligentia in concreto, wie ein Curator; l. 1. pr. D. 27. 3., Glück P. C. l. c. S. 440 u. 447.

Zu 12) Wenn dem Testamentsexecutor die Ausrichtung der Legate ausdrücklich im Testament aufgetragen ist, so haben sich die Legatarien auch unmittelbar an ihn zu halten, und dieser muß, wenn er nicht im Besitz des Nachlasses ist, die Zwangsmaßregeln auf die nöthigen Herausgaben gegen die Erben auswirken.

Glück P. C. Bd. XLIII. S. 422. u. Westphal in d. Rechtsgutachten und Erkenntnissen rc. Bd. II. no. 637. glauben zwar, daß die actio ex testamento nur gegen die Erben und auch sonst irgend eine Klage nur gegen den, welcher in eigenem Namen besitzt, stattfinde, allein man muß doch wohl annehmen, daß erstere Klage gegen jeden Onerirten Platz greife, l. 108. § 12. de legat. I. (30.), und der Executor für einen Onerirten allerdings zu halten sey. Nur so viel ist unzweifelhaft, daß, wenn die Legate von den Erben bestritten sind, der Executor die Kläger an die Erben verweisen und nicht gezwungen werden kann, sich auf Processe über die Gültigkeit der Legate einzulassen; Glück P. C. l. c. S. 421 u. 444. Stirbt der bestellte Testamentsvollzieher, nachdem der Erbe die Erbschaft bereits angetreten hat, so richten sich die Rechtsmittel der Legatare ohne Weiteres gegen die Erben; Cons. Tubing. Vol. II. c. 58. no. 8.

§ 10. Von Auslegung der letztwilligen Verordnungen.*)

Dig. XXXIV. 5. de rebus dubiis. Cod. VI. 38. de verborum et rerum significatione.

Als bekannt dürfen zwei durchgreifende Grundsätze angenommen werden:

1) daß diejenige Auslegung vorzuziehen ist, durch welche der letzte Wille aufrecht erhalten werden kann, c. 26. X. de sent. et re jud. (2. 27.),

2) daß die Absicht**) mehr gilt als die Worte. Besondere Regeln sind hier und da in den Gesetzen enthalten, z. B.:

a) daß Liberalitäten und Wohlthaten des Testators ihrem vollen Sinne nach zu verstehen sind, so daß der Honorirte das ihm Zugedachte ungeschmälert erhalte; l. 10. pr. D. 5. 2. — l. 13. pr. D. 34. 5. — l. 17. § 1. D. de leg. I. (30.) — l. 68. pr. l. 101. pr. D. de leg. III. (32.)

b) Wenn der Gegenstand der Disposition mit der Zeit sich verändert, so ist er so zu verstehen, wie er zur Zeit der Errichtung der Disposition war; l. 41. § 4. D. de leg. III. (32.) l. 7. D. 34. 2.

c) Wenn der Testator seinen Honorirten nur durch eine Collectivbenennung bezeichnet hat, z. B. meine Brudersöhne, so gilt sie zwar auch für die zur Zeit seines Todes noch nicht geborenen, sondern nur concipirten, aber doch nicht für diejenigen, welche der Testator todt geglaubt hat, l. 16. § 3. u. 4. D. 26. 2.

---

*) Einige Auslegungsregeln in Beziehung auf Bedingungen, s. oben S. 606. Kap. III. § 4.

**) Facit totum voluntas defuncti; quid senserit, spectandum est. l. 35. § 3. D. 28. 5. — l. 16. C. 6. 42. cf. l. 19. pr. l. 101. pr. D. 35. 1. — Der Wahrscheinlichkeit der Absicht kann man aber nur dann folgen, wenn die Worte dunkel oder mehrdeutig sind; l. 30. D. 26. 2. — l. 33. D. 34. 2., wobei man denn auf die gewöhnliche Ausdrucksweise des Testators, l. 21. § 1. D. 28. 1. — l. 50. § 3. D. de leg. I. (30.) l. 14. D. 33. 1. — l. 22. pr. D. 34. 1., desgleichen auf den Sprachgebrauch der Gegend Rücksicht nimmt, in welcher der Testator lebte; l. 75. D. de leg. III. (32.) l. 18. § 3. D. 33. 7. Wenn eine andere Absicht bewiesen werden kann, so wird diese beachtet, selbst wenn die Worte klar eine andere Bedeutung haben, l. 3. C. 6. 28. — l. 16. C. 6. 42., ist aber jene nur wahrscheinlich gemacht, so müssen die Worte des Testators gelten. Eine vorzügliche Abhandlung über die bei der Interpretation der Testamente, insbesondere der Erbeinsetzung zu beobachtenden Grundsätze, s. Elvers Themis, Zeitschr. für Doctrin und Praxis d. R. R. neue Folge Bd. 1. no. 8.

d) Wenn Mehrere in derselben Verfügung bedacht sind, so sollen sie selbst dann pro rata theilen, wenn der Testirer sie auch nicht copulativ, sondern alternativ berufen hat; melius nobis visum est, conjunctionem *aut* pro *et* accipi. l. 4. C. 6. 38. —

e) Wenn Mehreren dieselbe Sache vermacht ist, so muß sie unter ihnen getheilt werden, wenn nicht die Absicht des Testirers dahin klar entnommen werden kann, daß der Eine die Sache, der Andere den Werth bekomme, oder daß dem Ersteren die Sache entzogen und dem Zweiten zugewandt werden soll,*) l. 33. D. de leg. I. (30.) — l. un. § 11. C. 6. 51. Ist aber in einer späteren Disposition dem B. ein Theil von dem zugewendet, was nach der früheren Disposition der A. ganz erhalten sollte, so soll A. nur das erhalten, was nach Befriedigung des B. übrig bleibt, l. 23. pr. C. 6. 37. —

f) Man sagt gewöhnlich, wenn die Auslegung zweifelhaft ist in Beziehung auf größere oder geringere Belastung des Erben, so sey in Ermangelung anderer Entscheidungsgründe für den Erben und gegen den Legatar zu erkennen; da aber in den Gesetzen gar viele Beispiele vorkommen, wo zu Gunsten des Legatars und nicht des Erben entschieden ist, so muß man ein höheres Princip aufsuchen, und dies bleibt immer die Natur der Sache**) und der unter Zusammenhalt aller Umstände zu erforschende muthmaßliche Wille der Testirenden, l. 96. D. 50. 17. — l. 18. § 3. D. 33. 7. Eine Anwendung dieses Grundsatzes findet sich in Mabihn Miscellen Bd. I. S. 190. Freilich gibt es Fälle, wo es an

---

*) Ist ein Legat Zweien gleichen Namens ertheilt, dem Einen aber wieder entzogen, ohne daß man sieht, welchem von Beiden, so ist dasselbe bei der Abweichung zweier Gesetzesstellen, l. 3. § 7. D. 34. 4. u. l. 10. pr. D. 34. 5., der richtigeren Meinung nach als wirkungslos zu betrachten, s. Gans im civilist. Archiv Bd. I. S. 461., Herrstorff das. Bd. I. S. 470., Klüpfel das. Bd. II. S. 83., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 250.

**) Z. B. unter dem Vermächtniß der Baarschaften sind nicht die ausstehenden Forderungen und Capitalien begriffen, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. S. 322. l. 27. § 2. l. 34. pr. D. 34. 2. Wem ein Bauplatz vermacht ist, dem gehört auch das vom Erblasser nachher darauf gebaute Haus, Gebr. Overbeck l. c. Bd. X. S. 335. Das Vermächtniß: „was ich in Hamburg und Altona an Weinen hinterlassen werde." begreift nicht die vom Erblasser zwar bestellten aber noch nicht bezahlten und erst nach seinem Tod überlieferten Weine, welche er blos zu fordern hatte, aber noch nicht in sein Eigenthum übergegangen und an keinem der bezeichneten Orte befindlich waren, s. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. III. Abth. I. no. 193.

Grund für irgend eine Vermuthung fehlt, und da kann wohl nur für das Minus entschieden werden, wenn das Plus nicht auf andere Weise als vom Testirer beabsichtet erwiesen werden kann, wie z. B. in dem Fall, wo in einem doppelt gefertigten Testament dem Titius 100, im Duplicat nur 50 aurei legirt waren, Titius sich nach l. 47. D. de legat. II. (31.) mit 50 begnügen mußte; oder, wo Jemandem vom Testirer zweimal legirt, aber dabei gesagt war, daß nur eines zu prästiren sey, ohne zu bezeichnen, welches von beiden durch das andere aufgehoben seyn solle, nach l. 14. D. de leg. I. (30.), das geringere als geltend angenommen wird, oder, wenn Jemandem der fundus Cornelianus vermacht ist, es befinden sich aber zwei fundi Corneliani und zwar von sehr verschiedenem Werth im Nachlaß, dem Legatar nur der geringere zuerkannt wird, wenn er nicht darthun kann, daß der größere gemeint sey, l. 39. § 6. D. de leg. I. (30.) oder wenn Goldstücke im Allgemeinen vermacht sind, die geringeren als vermacht angenommen werden, wenn es weder aus der Gewohnheit des Hausvaters noch aus der Gegend, aus welcher er gewesen ist, noch aus dem Inhalt des Testaments genauer zu entnehmen ist, l. 75. D. de leg. III. (32.)

Aber als allgemeine Regel kann das bekannte: in dubio quod minimum sequi oportet nicht für letztwillige Anordnungen gelten, denn es finden sich vielmehr von dem Grundsatz: daß ein actus liberalitatis auch im liberalen Sinn zu nehmen sey, l. 12. D. 50. 17.*) u. l. 24. D. 34. 5., die häufigsten Anwendungen auf Vermächtnisse in unseren Gesetzen, z. B. l. 3. § 1. D. 33. 6., wo dem Legatar die Gefäße zugesprochen werden, welche beim Kauf in dubio nach l. 1. § 3. D. 18. 6. nicht mit gefordert werden können, desgleichen l. 7. pr. D. 33. 6. — l. 6. l. 20. in f. l. 23. D. 33. 1. — l. 56. in f. D. 7. 2. — l. 4. pr. D. 34. 1. — l. ult. D. 7. 5. — l. 5. D. 34. 2. — l. 28. § 3. D. 34. 3. — l. 12. D. 34. 5.

Ex natura rerum fließt die Entscheidung, welche wir in l. 34. § 5. de leg. II. (31.) finden, daß aus dem Testament ein Heirathsgut von der Tochter nur einfach gefordert werden kann, oder in l. 34. D. de

*) In testamento plenius voluntates testantium interpretantur. Nach diesem Grundsatz entschied die Erlanger Juristenfacultät einen in Geiger u. Glücks merkw. Rechtsfällen Bd. I. no. 2. erzählten Rechtsstreit gegen den Erben, welcher eine im Testament zwar nicht disertis verbis, aber implicite erlassene Schuld forderte.

leg. I. (30.), daß eine bestimmte Sache, wenn sie Einem zweimal vermacht ist, doch nur einmal zu prästiren ist.

g) Schwieriger ist die Entscheidung, wenn einer Person in zwei verschiedenen letztwilligen Verordnungen doppelt legirt ist, z. B. entweder dieselbe Summe zweimal, oder einmal eine kleinere, das anderemal eine größere Summe.

α) Im ersten Fall weichen die Entscheidungen in l. 34. § 3. D. (30.) und l. 12. D. 22. 3. von einander ab über die Frage: liegt, wenn sich, was freilich vor Allem geschehen muß, die eigentliche Willensmeinung des Testators nicht ausmitteln läßt, dem Legatar der Beweis ob, daß ihm das doppelte gebühre, oder dem Erben, daß der Wille des Testators nur auf Ein und dasselbe gerichtet gewesen sey? — Die Glosse löst den Knoten in der Art: „wenn in demselben Testament ein Legat mehrmals vorkomme, so gelte es im Zweifel nur einmal, wenn in einem Testament und Codicill, doppelt."

Eine gründliche Zusammenstellung aller einschlägigen Gesetzstellen von Schrader im civilist. Archiv Bd. XXXIII. no. 1. führt aber den Verf. zu der Ueberzeugung, daß zwar in früheren Zeiten die römischen Rechtsgelehrten in ihren Ansichten getheilt waren, und die Ansicht Beifall gefunden habe, daß mehrere Legate im Zweifel mit einander gälten, in späteren aber, gestützt auf ein Rescript des K. Ant. Pius, l. 34. § 3. D. de leg. I. (30.) die entgegengesetzte Meinung, daß im Zweifel nur Eines gelte, durchaus die Oberhand erhalten habe.

β) Im anderen Fall, wenn Einer Person zu verschiedenen Summen legirt ist, herrschte in den Quellen vollkommene Uebereinstimmung darüber, daß nicht beide mit einander zu prästiren seyen. — l. 18. pr. D. 34. 1. entscheidet für die im Codicill später bestimmte kleinere Summe; l. 53. pr. D. de leg. I. (30.) für die später bestimmte größere Summe, so daß die erstere in der letzteren enthalten sey. Dem steht l. 27. pr. D. de legat. III. (32.) nicht entgegen, weil da zweierlei Personen legirt war.

h) Wenn ein Testator sagt: er hinterlasse den Einwohnern des Dorfs X. 1000 Thlr., so sind hierdurch nicht die einzelnen Einwohner des Dorfs, sondern es ist damit die Dorfgemeinde bedacht, s. Archiv f. d. Civil- u. Criminalr. d. K. Preuß. Rheinprovinzen Bd. XIII. S. 27.

i) Ein Testator verordnete: „ich vermache dem A. mein Gut X. nebst allem Zubehör und Inventarien, wie alles nach meinem Ab-

sterben allda stehet und lieget." Zufällig waren bei seinem Tod sämmtliche Erntefrüchte des vorigen Jahres noch vorräthig. Waren nun diese dem Erben oder dem Legatar zuzuerkennen? Unter die Zubehör konnten sie wohl nicht gerechnet werden, weil sie blos der Aufbewahrung wegen da lagen, und eben so wenig zum Gutsinventar, fructus repositi enim sub instrumento fundi non continentur; l. 19. § 1. D. 33. 7., allein der Testirer hatte doch gesagt: „wie alles daselbst stehet und lieget." Darin mußten wohl auch die Vorräthe begriffen werden, wie G. L. Böhmer in d. auserlesenen Rechtsfällen Bd. III. Abth. I. S. 166. dafür hält.

k) Ein Erblasser hatte seine Ehefrau zur Erbin eingesetzt, mit dem Anhang: „jedoch soll gedachte meine Ehefrau und eingesetzte Universalerbin gehalten seyn, bei ihrem dereinstigen Ableben den gesammten Nachlaß meinen und ihren Geschwistern, oder dafern eines oder das andere vor ihr versterben sollte, deren Kindern dergestalt zu hinterlassen, daß sowohl meine als ihre Geschwister diesen Nachlaß nach ihrem Ableben erben, haben und bekommen sollen."

Nun waren beim Ableben der Frau 4 Geschwister auf ihrer, und nur 2 auf des Mannes Seite vorhanden, es fragte sich daher: ob der Nachlaß in 2 Hälften oder unter sämmtliche Geschwister nach Köpfen zu vertheilen sey.

Zwei Instanzen entschieden für das Erstere; sie erblickten nämlich auf beiden Seiten re et verbis conjunctos, somit 2 Einheiten, nam conjuncti *unius personae* potestate funguntur, l. 34. pr. D. de legat. I. (30.) und nach l. 13. pr. D. 28. 5. — l. 11. C. 6. 26. sollen die mehreren zu einer Person vereinigten Personen zusammen nur einen Theil erhalten, vergl. unten Kap. X. vom Accrescenzrecht der Legatare.

Dagegen entschieden zwei folgende Instanzen für die Theilung nach Köpfen aus folgenden Gründen:

Von der Regel des R. R., daß, wenn der Testator die Erbtheile nicht bestimmt hat, die eingesetzten Erben alle zu gleichen Theilen succediren, ist nur in dem Fall eine Ausnahme gemacht, wenn die Kinder einer bestimmten Person zusammen in dieser Eigenschaft zu Erben eingesetzt sind, indem diese dann zusammen nur Eine Portion erhalten. Nun hat der Testator seine Geschwister und die Geschwister seiner Frau nicht namentlich aufgeführt, er hat jedoch eben so wenig eine Gegenüberstellung und

Trennung beider von einander ausgesprochen, vielmehr in einer und derselben Proposition die beiden bezeichneten Gesammtheiten ohne besondere Bestimmung der Erbtheile zu der Erbschaft nach dem Tode seiner Frau berufen. Das Subject ist hier nur Einmal mit dem gemeinschaftlichen Prädicat „Geschwister" bezeichnet. Der Gebrauch einer Collectivbenennung entscheidet übrigens noch nicht immer dafür, daß die darunter begriffenen Individuen nur Eine Portion erhalten sollen; l. 88. § 6. D. de legat. II. (31.) — Erkennt. d. O. A. Ger. in Dresden im Wochenbl. für merkw. Rechtsfälle 1848. no. 40. S. 315.

Mehrere Fälle zweifelhafter Testamentsauslegung s. Gmelin u. Elsässer gemeinnützige jur. Beobacht. u. Rechtsfälle Bd. III. S. 22., Bd. V. S. 1. u. 202.

l) Eine Interpretationsregel der Testamente enthält l. 5. § 2. l. 71. § 6. D. de leg. I. (30.) — l. 30. § 4. D. de leg. III. (32.) — l. 24. D. 33. 7. dahin, daß, wenn der Testator etwas den Worten nach ganz legirt hat, was ihm doch nur theilweise gehörte, vermuthet werden müsse, seine Absicht sey nicht weiter als auf so viel gegangen, als ihm an der Sache wirklich zustand. Könnte aber die Absicht, wirklich die ganze Sache zu vermachen, erwiesen werden, so müßte man allerdings sagen: praesumtio cedit veritati; s. Erk. d. O. A. Ger. in Lübeck in Seuffert Archiv Bd. V. H. 1. S. 45.

Wir führen hier noch folgende Fälle auf:

1) A. testirt also: meinen Schatz und altes Geld, mein Wohnhaus und Garten zu N. mit allen darin befindlichen Mobilien an Pretiosen, Schmuck, goldener Uhr und Dose, Silberwerk, Zinn, Kupfer, Messing rc. legire ich der B. u. C. zu zwei gleichen Theilen.

Den D. setze ich zu meinem Erben ein, dergestalt, daß derselbe sämmtliche von mir besessene Güter, mit allen auf den beiden Rittergütern Tusculum und Aesculetum vorhandenen Mobilien an Silber, Zinn, Kupfer, Messing rc., Viehstand und überhaupt sämmtlichen bei den erwähnten Gütern befindlichen Inventarienstücken erb- und eigenthümlich erhalten soll.

Die Testatrix begab sich einige Wochen vor ihrem Tod auf das Rittergut Aesculetum, wohin sie verschiedenes Silberwerk aus ihrem Wohnhaus zu N. nebst ihrer ganzen Baarschaft von 600 Fl. mit sich nahm, wo es sich auch bei ihrem Ableben fand, dahingegen im ihrem Wohnhaus von einem Schatz außer 3 alten Tha-

lern sich nichts vorgefunden hat. — Es fragt sich nun: ob die Baarschaft zu 600 Fl. und was sich an Silber auf dem Rittergut Aesculetum befunden hat, dem Haupterben oder den beiden Legatarinnen zuzuerkennen war?

Nach oben angeführter in l. 7. D. 34. 2. u. l. 41. § 4. D. de leg. III. enthaltener Bestimmung, daß ein mit der Zeit sich verändernder Gegenstand so zu verstehen ist, wie er zur Zeit der Testamentserrichtung war, überhaupt nur auf den Statum praesentem zu sehen ist, l. 33. § 1. D. de leg. III. konnte die Entscheidung nur dahin gehen:

würden die Legatarinnen beweisen, daß die Erblasserin das von ihnen in Anspruch genommene Silberwerk sammt baarem Geld nur zum vorübergehenden Gebrauch mit sich auf den Landsitz genommen, zur Zeit der Testamentserrichtung aber dasselbe in ihrem Wohnhaus gehabt habe, so sey ihnen solches benebst der vorhandenen Baarschaft,*) welche, da sonst nichts dergleichen erfindlich war, unter der Benennung Schatz verstanden werden müsse, von Rechtswegen zuzuerkennen, s. Gmelin und Elsässer gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. V. S. 1.

2) Z. testirte bereits im Stand der Verlobung zum Besten seiner künftigen Gattin und zu hoffenden Kinder also: meine Frau soll, so lange sie nicht wieder heirathet, den ganzen Genuß meines Vermögens haben, jedoch davon meinen Kindern, so lange sie in den Jahren der Minderjährigkeit sich befinden, den standesmäßigen Unterhalt reichen; wenn sie sich aber anderwärts wieder verheirathen würde, so soll sie dadurch der Hälfte der bisherigen Nutznießung unmittelbar verlustig seyn, sodann aber, wenn meine Kinder die Majorennität erreicht und eigene Oeconomie errichtet haben werden, soll meiner Ehefrau nur noch der dritte Theil der Nutzung meines Vermögens verbleiben. — Die Ehefrau wurde Wittwe, heirathete wieder und verlor also die Hälfte der Nutznießung, allein da ihr voriger Mann einen mit ihr erzeugten Sohn hinterlassen hatte, so nahm sie ein Kostgeld aus der andern Hälfte der Vermögensnutzungen klagbar in Anspruch, indem sie darlegte, daß ihr, wenn

*) Bei der Baarschaft bedurfte es des Beweises, daß sie auch zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhanden gewesen sey, nicht, weil diese als eine universitas zu betrachten ist, welche, als stetem Wechsel unterworfen, immer dasjenige in sich begreift, was zu der Zeit vorhanden ist, wo die Rechte darauf realisirt werden sollen, § 18. J. 2. 20. — l. 22. D. de leg. I.

sie bei solcher Verminderung ihrer jährlichen Einkünfte noch die Alimentationskosten für ihren Sohn tragen müßte, kaum etwas für ihre Person übrig bleiben würde.

War nun nach den Worten oder nach der wahrscheinlichen Absicht des Testirers, während nirgend ein Grund vorhanden war, ein odium secundarum nuptiarum als Motiv der Disposition anzunehmen, für oder gegen die Klägerin zu entscheiden?

Die Entscheidung war allerdings schwierig. Wörtlich genommen, war, da der Frau die Nutznießung nur cum onere verschafft war, wie sie auch schon den Gesetzen nach den Vermögensgenuß nur cum onere in Anspruch hätte nehmen können, ihre auf die Hälfte reducirte Nutznießung eben so mit der Alimentationslast für die Kinder behaftet, wie zuvor die volle Nutzung. Auch konnte man vermuthen, der Testirer habe sich gedacht, wenn meine Frau wieder heirathet, so findet sie in ihrem zweiten Ehemanne schon ihren Versorger, und so kann durch die Hälfte der Nutznießung unbedenklich der Vermögensstand meiner Kinder verbessert werden. Demungeachtet wurde der Mutter ein Kostgeld aus der andern Hälfte der Nutzungen zuerkannt.

Der Richter hatte den Grundsatz vor Augen, daß man bei Testamenten nicht auf die Worte, sondern auf den muthmaßlichen Willen sehen müsse. Es ließ sich in der Periode, in welcher das Testament errichtet war, am wenigsten eine andere Gesinnung des Testirers gegen seine nachmalige Gattin annehmen, als daß auch sie neben den Kindern anständig versorgt seyn, nicht daß ihr der eigene Genuß durch die darauf gelegte Last ganz oder größtentheils erschöpft werden sollte, und wenn man die vom Testirer seiner Gattin auferlegte Sustentationsverbindlichkeit im gesetzlichen Sinn versteht, so besteht dieselbe rechtlich nur in so weit, als nicht das eigene Vermögen der Kinder dazu hinreicht. Wohl dürfte aber bei der quantitativen Bestimmung des Kostgelds darauf Rücksicht zu nehmen seyn, daß es nicht höher bemessen werde, als nöthig ist, um der Mutter noch ½ der Nutzung frei zu lassen, als so viel ihr verbleiben sollte, wenn das onus alimentandi wegfiel, Gmelin und Elsässer l. c. Bd. V. S. 202. Einen ähnlichen Fall s. ob. 614. Kap. III. § 4. Fr. 3. vom modus. —

3) Tomson schließt mit der Amalie einen Ehe- und Erbvertrag. Beide hatten bereits Kinder aus früherer Ehe, und erzeugten auch aus dieser Ehe Kinder. Ihre Eheberedung lautete dahin: „wenn aus dieser Ehe Kinder erzeugt und mit Hinterlassung eines oder mehrerer derselben, entweder der Vater oder die Mutter zuerst dieses Zeitliche segnen würde, so sollen beiderseits zugebrachte und in aufsteigender Linie, nämlich von Eltern ererbte, auch während der Ehe errungene und gewonnene Mittel ein Gemeingut seyn und heißen und davon dem überlebenden Ehegatten neben seinen Kleinodien, Kleidern und Leibsangehörten der eine halbe und des Verstorbenen in dieser sowohl als der vorigen Ehe erzeugten Kindern neben seinen Kleidern, Kleinodien und Leibsangehörten der andere halbe Theil gebühren.

Da aber nach göttlichem Verhängniß der eine oder andere beider Ehegatten in absteigender Linie, nämlich von Kindern etwas ererben thäte, so wird zwar ein solches während der Ehe gemeinsamlich genossen, nach Eines oder des Andern Absterben aber kömmt es auf denjenigen und folglich auf dessen Kinder, dem dieses Erbe zugefallen ist.

Der Amalie fiel nun während dieser Ehe eine beträchtliche Intestat-Erbschaft von einem Oheim zu, und es entstand nun die Frage, ob diese Erbschaft auch zum gemeinen Gut oder zur gemeinschaftlichen Tomsonschen Nachlaßmasse gehöre, und also nach dem Tod beider Ehegatten unter sämmtliche aus den verschiedenen Ehen erzeugte Kinder zu vertheilen, oder blos den Kindern der Amalie zuzueignen sey?

Es muß hier voraus bemerkt werden, wie das Gesetz entschieden haben würde, wenn gar kein Ehe- und Erbvertrag vorhanden gewesen wäre. Nun sagt das Gesetz des Wohnorts: „wenn Eheleut ohne sonderbare Pacten oder Eheberedung in die Ehe zusammen kommen, sollen beiderseits in die Ehe gebracht, darinnen ererbt, gewonnen und errungene Güter gemein seyn und heißen, und davon kraft bisheriger Observanz dem Mann oder seinen Erben $\frac{2}{3}$ und den Frauen oder deren Erben $\frac{1}{3}$ zugehören, wobei einem Jeden seine Kleider und Leibsangehörten vorausgebühren." Das pactum successorium wich hiervon in zweifacher Hinsicht ab: einmal indem es nicht alles ererbte Gut ohne Unterschied in die Gemeinschaft zog, dann, indem es das gemeine Gut nicht nach Drittheilen, sondern nach der Hälfte in Theilung bringen ließ.

Es kam daher zunächst in Frage: ob durch den Erbvertrag das Collateralerbe von der Commun ausgeschlossen oder als einer speciellen Bestimmung ermangelnd der dispositio legis zu unterwerfen, mithin nach ⅓ und ⅔ zu vertheilen sey?

Dafür, daß die Collateralerbschaft als ein ausschließendes Gut der Amalie anzusehen sey, scheinen folgende Gründe zu entscheiden:

a) die Worte der beiderseitigen Disposition geben nur dem von Ascendenten herkommenden Vermögen die Eigenschaft eines gemeinen Guts, womit also die Collateralerbschaft ausgeschlossen scheint;

b) da schon die Erbschaften von Kindern nach dem ausdrücklichen Inhalt der Disposition nicht in das Gemeingut fallen sollten, so sey um so weniger eine andere Intention im Betreff der Collateralerbschaften zu vermuthen, denn, wenn die Paciscenten hier die entgegengesetzte Intention gehabt hätten, so würden sie doch gewiß eine solche Disposition über Collateralerbanfälle sogleich mit jenen über Erbschaften von Ascendenten verbunden haben, da sie dies aber nicht gethan, gleichwohl aber ausdrücklich bestimmt haben, was Gemeingut seyn soll, so sey die natürliche Folge, daß alles das, was sie nicht dazu bestimmt haben, auch nicht Gemeingut werden solle;

c) auch kann die Collateralerbschaft nicht unter denen im Ehe- und Erbvertrag für Gemeingut bestimmten errungenen und gewonnenen Mitteln begriffen werden, weil der rechtliche Begriff von Errungenschaften und Gewinnung nur das Product des Vermögens und des angewandten Fleißes, nicht aber Stammvermögen und Erbschaften in sich faßt.

Die Entscheidung ging jedoch dahin, daß daraus, daß über den Collateralerbfall nichts disponirt war, nicht folge, daß er von der Gemeinschaft gänzlich ausgeschlossen sey, sondern nur, daß es der gesetzlichen Disposition anheim falle, nach welcher dieses Erbe gleichwohl Gemeingut wird, und nur das Theilungsverhältniß ein anderes ist, als jenes des Erbvertrags.

Daraus, daß gerade nur in Ansehung der Erbanfälle von Descendenten die Gemeinschaft ausgeschlossen wurde, schien sich zu bestätigen, daß die Paciscenten in Ansehung aller übrigen Fälle eine Ausschließung nicht beabsichtiget hatten, denn außerdem war diese Bestimmung ganz überflüssig, weil auch ohne dieselbe die Erbschaft von den Kindern der verschiedenen Ehen nothwendig auf den kommen mußte, welchem das Erbe anfiel, und der Genuß

während der Ehe gemeinschaftlich werden mußte, Gmelin und Elsässer gemeinnützige Beobachtungen u. Rechtsf. Th. III. S. 22.

m) Die Frage: ob in einer letztwilligen Anordnung der Ausdruck „Kinder" auch die Kindeskinder in sich begreife, ist häufig bestritten. Bekanntlich sagt l. 48. D. 24. 3. — l. 1. C. 6. 46. — l. 201. und 220. § 1. de V. S. (50. 16.) liberorum appellatione nepotes et pronepotes, ceterique qui ex his descendunt continentur, und der Grund ist mit Bezug auf das Zwölftafelgesetz dahin beigefügt, daß derjenige, welcher nicht die Descendenz überhaupt begünstigen, sondern nur bestimmte Verwandtschaftsgrade berücksichtigen will, diese Grade bestimmt angeben müsse. — Obgleich nun der deutsche Sprachgebrauch zwischen Kindern und Kindeskindern unterscheidet, so ist doch das römische Gesetz immer, obwohl nicht ganz ohne Einschränkung in Anwendung geblieben. Im Verhältniß zwischen Ascendenten und Descendenten wird es durch den Präsumtivwillen so sehr unterstützt, daß da der wenigste Streit unter den Rechtsgelehrten obwaltet. Zweifelhafter aber ist es, wenn die Frage in der Seitenverwandtschaft entsteht. Z. B. A. vererbt oder legirt seiner Schwester Kindern; sind da auch die Kindeskinder mit verstanden, wenn die Kinder vorverstorben sind? In einem solchen Fall entschied das O. A. Ger. in Lübeck, s. Seuffert Archiv Bd. IV. H. 2. S. 212. zum Nachtheil der Kindeskinder, indem es dem gewöhnlichen deutschen Sprachgebrauch folgte, welchem auch in der juristischen Kunstsprache, beispielsweise bei Privilegien (s. Bd. I. S. 145. Fr. 7.) und auch in fideicommissarischen Anordnungen (s. unten Kap. XIV. Fr. 9.) Geltung eingeräumt wird.

Am zweifelhaftesten ist es in Verträgen unter Lebenden. In diesem Falle kann wohl nicht von dem stricten Wortverstand abgegangen werden, wenn nicht ein anderer Sinn aus dem Zusammenhange hervorgeht; Gottschalk Disc. for. Vol. III. S. 52. In letztwilligen Verfügungen aber, insbesondere Fideicommissen, ist wenigstens in Sachsen der Gerichtsbrauch entschieden dafür, daß, so oft es zum Vortheil der Kindeskinder gereicht, in der Seitenverwandtschaft eben so wie in der geraden Linie sie gleichfalls in der Berufung der Kinder inbegriffen angenommen werden, s. Gottschalk l. c. und wenn es gleich de jure communi an Dissentienten nicht fehlt, s. Rivinus Progr. num sub fratrum liberis sororum quoque liberi comprehendantur. Lips. 1746., Voet Comm. in Pand. Lib. 36. tit. 1. § 22., Pufendorf

Obs. jur. univ. T. III. obs. IV. u. X., so ist doch die vom sächsischen Gerichtsbrauch adoptirte Meinung auch von Lehrern des gemeinen Rechts häufig dermaßen unterstützt, daß zwar nicht in odiosis (denn da werden die Grade wohl unterschieden, s. l. 44. pr. D. 23. 2. und ist vielmehr angenommen, daß nicht durch bloße Interpretation ein Nachtheil über diejenigen verhängt werden dürfe, deren Wohl das Gesetz im Auge hat, l. 25. D. 1. 3. — l. 6. C. 1. 14.), jedoch in favorabilibus auch die Kindeskinder inbegriffen werden, s. Zangen Samml. einiger prakt. Rechtserörter. Med. VII. pag. 93., Böhmer auserlesene Rechtsfälle T. I. P. II. Resp. 77., Püttmann Adversaria jur. univ. Lib. II. cap. 5. pag. 66., Hommel Rhaps. obs. 563., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 4. th. 35., v. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen no. 228., Strippelmann neue Samml. bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel Bd. I. S. 201. — Die Ausdehnung auf Enkel wird besonders nicht bezweifelt, wenn der Ausdruck „Leibeserben" gebraucht ist, s. Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. II. no. 53., Philoparch Thl. III. S. 422, Schilter Praxis J. R. G. Ex. 3. § 14., Wiesand jurist. Handb. s. v. Erbr. — In v. Berg jurist. Beobachtungen Th. I. S. 123. findet sich folgender Fall entschieden. A. setzte seine vier Kinder zu Erben in gleichen Theilen ein, mit der weiteren Bestimmung, daß, wenn eines von ihnen ohne Leibeserben stürbe, sein Erbtheil den übrigbleibenden Geschwistern zu mehrerer Sustentation überlassen werden solle. Eines der Geschwister starb in der Folge mit Hinterlassung eines nach dem Tod des Testators geborenen Sohnes, dessen Vormund nun $\frac{1}{3}$ des fideicommissarischen Vermögens in Anspruch nahm, indem unter dem Ausdruck: Geschwister, die Kinder des Erblassers und folglich auch Kindeskinder verstanden seyen. Allein der Testirer hatte an ein auf alle seine Descendenten sich erstreckendes Fideicommiß offenbar nicht gedacht, sondern blos für den besseren Unterhalt seiner nächsten Descendenten sorgen wollen. Fideicommissarische Dispositionen von namentlich ausgedrückten Personen auf Andere auszudehnen, ist nicht zulässig, l. 38. § 2. D. de leg. III. (32.) — l. 69. pr. eod., daher der Vormund abzuweisen war.

n) Sind in der letztwilligen Berufung einer Person oder ihrer Erben auch die Erbeserben begriffen? — Ein Erk. d. O. A. Ger. in Lübeck, s. Seuffert Archiv Bd. VII. H. 1. S. 85. will zwar

in jedem Fall auf den Zusammenhang, in welchem der Ausdruck vorkommt, und auf die sonstigen Umstände gesehen wissen, aus denen sich die Meinung erkennen läßt, welche bei dem Gebrauch des Worts stattgefunden hat, welchem der Sprachgebrauch eben so wohl die weitere Bedeutung — etiam per multas successiones nach l. 70. pr. D. 50. 16. — als die engere auf die unmittelbaren Nachfolger beschränkte Bedeutung beigelegt hat, abstrahirt aber aus den die einschlagenden Fälle betreffenden gesetzlichen Bestimmungen die Regel: daß da, wo in einer letztwilligen Disposition die Rede ist „von Erben" in Beziehung auf Personen, die dieses Prädicat nicht unmittelbar durch diese Disposition selbst — durch die darin enthaltene heredis institutio — erhalten, und wo daher die Anwendbarkeit des Ausdrucks zunächst nicht dependirt von der Succession in den Nachlaß des disponirenden Erblassers, sondern von der Succession in den Nachlaß eines Dritten — sey dies der von jenem direct instituirte Erbe selbst, oder ein Legatar, oder wer sonst, — die Benennung „Erben" immer in der weiteren Bedeutung, wo sie auch die Erbeserben unter sich begreift, zu verstehen sey, dafern nicht dieselbe durch eine hinzugefügte nähere Bestimmung oder andere Gründe beschränkt ist.

---

§ 11. Von der Ungültigkeit der Testamente.

Inst. II. 17. quibus modis testamenta infirmantur. Dig. XXVIII. 3. de injusto, rupto, irrito facto testamento. Dig. XXVIII. 4. de his, quae in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur. *)

A) Testamentum nullum s. injustum.

Unter einem testam. nullum s. injustum wird bekanntlich ein solches verstanden, dem es schon ursprünglich an einem formellen oder materiellen gesetzlichen Erfordernisse fehlt, oder bei welchem die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften**) verletzt sind, wobei vornäm-

*) Hierbei ist sich an die Schrift auf mit Wachs überzogenen Tafeln zu erinnern, wo das Niedergeschriebene entweder mit der Spitze des Griffels wieder ausgestrichen wurde (delere) oder mit dem umgekehrten oder breiten Ende desselben überstrichen wurde (inducere) und da man das überstrichene Wachs nun wieder von neuem beschreiben konnte, so ist hieraus das inscribere oder superscribere zu erklären; Glück P. C. Bd. XXXIX. S. 81.

**) Ist eine solche verletzt, welche nur das Recht bestimmter Personen betrifft, so kommt der Unterschied in Betracht, ob ein Recht ipso jure oder

lich die Regel zu beachten ist, daß ein Testament, welches bei seiner Errichtung nicht rite oder jure factum war, es auch dann nicht werden kann, wenn in der Folge die dortmaligen Gründe der Ungültigkeit wegfallen, vielmehr dasselbe nicht allein in Ansehung der Erbeinsetzung, sondern auch der Legate, Substitutionen und anderer Bestimmungen ipso jure wirkungslos bleibt.

Es fragt sich jedoch

1) ob auch jeder unbedeutende Mangel, z. B. des Siegels neben einer Unterschrift und dergleichen, das ganze Testament ungültig macht? ferner

2) wenn der Fehler in einer mangelhaften Willenserklärung liegt, welche den letzten Willen ungewiß macht, kann der Testator durch eine nachträgliche Erklärung, ohne die Testamentssolennitäten zu wiederholen, der Undeutlichkeit und Unbestimmtheit abhelfen?

3) Machen Durchstreichungen und Correctionen auch den letzten Willen ungültig?

4) Werden auch Vermächtnisse ad pias causas in einem ungültigen Testament hinfällig?

5) Kann eine ungültige letztwillige Disposition durch Anerkennung der Intestaterben oder eines durch ein anderes gültiges Testament berufenen Erben convalesciren, so daß derjenige dann doch als Erbe gilt, welcher ex testamento injusto hervorgegangen ist?

6) Unter welchen Bedingungen kann derjenige, welcher ein Testament anerkannt hat, dieses später selbst noch anfechten und dagegen sein Intestaterbrecht oder Rechte aus einem anderen Testament des Erblassers geltend machen? und in wie fern kann er dies noch behaupten, wenn das von ihm anerkannte Testament von Andern umgestoßen wird?

---

ope exceptionis verloren geht. Im letzteren Fall tritt statt Nullität Rescission ein, welche dann consequent auch nicht zugleich die Legate und andere Nebenbestimmungen des Testaments hinfällig macht. — Das von einem der Intestaterben erfochtene Nichtigkeits-Erkenntniß kommt auch den übrigen Intestaterben zu Gute, der vacant gewordene Erbschaftsantheil accrescirt ihnen eo ipso, wofern sie das Testament nicht ausdrücklich anerkannt haben, s. v. Hohnhorst Jahrbücher d. Großherzogl. Badischen Oberhofgerichts Bd. III. S. 297.

7) Verliert derjenige, welcher ein Testament als ungültig, oder als lieblos, oder als verfälscht angegriffen hat, aber im Streit unterlegen ist, dadurch das ihm in diesem Testament verschaffte Legat?

Zu 1) Wohl halten manche Rechtslehrer dafür, daß der Richter Kleinigkeiten wohl nachsehen könne, indem l. 183. D. 50. 17. sagt: etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.

So findet man bei Leyser Sp. 355. Med. 5. in zwei Fällen für die Aufrechthaltung des Testaments entschieden, wo eigentlich dasselbe für ungültig zu erkennen war; z. B., wo einmal die Zeugen nicht in Gegenwart des Testirers, sondern, nachdem ihnen dieser sein Testament übergeben hatte, in einem andern Zimmer unterschrieben hatten, ein andermal wo die testatrix zwar in Gegenwart von 7 Zeugen und einem Notar ihre Unterschrift des Testaments anerkannt, aber nicht in deren Gegenwart selbst unterschrieben hatte. — Allein die dafür angeführte l. 183. D. 50. 17. läßt sich nicht hierher ziehen, da sie, wie aus der l. 7. pr. D. 4. 1. erhellt, welcher die Regel entnommen ist, sich lediglich auf restitutio in integrum bezieht. Nun kann wohl, wo schon ein früheres Rechtsverhältniß feststeht, aus Billigkeit der Verlust desselben durch Wiedereinsetzung aufgehoben werden, aber eine letztwillige Disposition macht selbst ein ganz neues Verhältniß und in dieses kann man nicht restituirt werden.

Die Gesetze unterscheiden genau zwischen dem, was nur des Beweises halber nöthig ist, und was zur Solennität der Handlung oder als Bedingung, um dieselbe überhaupt als ein Rechtsgeschäft anzuerkennen, festgesetzt ist. In l. 5. C. 1. 14. und l. 22. § 4. D. 28. 1. — l. 12. C. 6. 23. ist sogar die Ungültigkeit des Testaments ausgesprochen, im Falle ein Zeuge signirt, aber seinen Namen beizuschreiben vergessen, oder unterschrieben, aber nicht signirt hatte. Auch die Notariatsordnung v. J. 1512. Tit. II. § 12. führt zu gleicher Entscheidung, s. Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 127. rc., Schweppe röm. Privatr. Th. V. S. 233.

Zu 2) Da allenfalls auch der Richter durch Auslegung helfen könnte, wenn Undeutlichkeit oder Unbestimmtheit nöthigt, die Absicht des Testirers durch die Regeln der Muthmaßung herzustellen, so kann dies um so mehr der Testirer selbst ohne weitere Feierlichkeit; nur Aenderun-

gen an einem schon errichteten Testament würden die gänzliche Wiederholung der Testamentsfeierlichkeit erforderlich machen.

Verschiedenartige einfach zulässige Verbesserungen, von denen gesagt werden kann: nihil (testator) nunc dat, sed datum significat, finden sich beispielsweise in l. 21. § 1. D. 28. 1. aufgeführt, vergl. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. S. 233.

Zu 3) Die l. 12. C. 6. 23. entscheidet hierüber ganz bestimmt: de his autem, quae interleta sive suprascripta dicis, *non ad juris solennitatem*, sed ad fidei pertinent quaestionem. Offenbare Schreibfehler in Testamenten kann der Richter nach l. 7. C. 6. 23. auf den Grund einer vorhergegangenen genauen Prüfung aus erheblichen Gründen rectificiren; s. Erk. d. Cassations- und Revisionshofs zu Berlin in Volkmar Jurisprudenz S. 236.

Durch theilweise Durchstreichung oder Vertilgung des Inhalts wird blos das Getilgte ungültig; l. 2. D. 28. 4. — l. 30. C. 6. 23. — l. 2. § 7. l. 8. § 3. D. 37. 11. Ist nur die Erbeinsetzung durchstrichen, so fragt sich, ob dann die nicht durchstrichenen Legate gelten?

Consequent müßte man dies verneinen: non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet, und scheint schon aus der allgemeinen Regel zu folgen: cum principalis causa non consistit, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent, l. 178. D. 50. 17., sowie daraus, daß nun nach l. 1. § 8. D. 38. 6. die Intestaterbfolge, oder wenn die Durchstreichung einer Indignitätsursache wegen geschah, der Fiscus eintrat. In einem Fall der letzteren Art entschied aber Kaiser Antonin in l. 3. D. 28. 4., daß da, wo lediglich der Wille des Testirers in Betracht komme, die Ungültigkeit blos auf die Erbeinsetzung zu beziehen sey: causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea duntaxat existimemus (testatorem) irrita esse voluisse, quae induxit; Mühlenbruch in Glück P. E. Bd. XXXIX. S. 84. will dies nur ausnahmsweise für die Indignitätsfälle gegen den Fiscus gelten lassen, allein l. 2. D. 28. 4. a. E. spricht ganz allgemein, es solle im Zweifel zu Gunsten der Vermächtnißnehmer ausgelegt werden, und warum sollten die Intestaterben weniger als der Fiscus dem Princip der Humanität folgen dürfen?

Es scheint daher mehr Grund für die Ansicht v. Vangerows Pand. Bd. II. § 460. II. 2. und Höpfners im Instit. Comm. § 518. a. E. zu streiten, daß die Legate ohne Unterschied bestehen bleiben, wenn nicht die Absicht des Testators, das ganze Testament aufzuheben, nachgewiesen werden kann. Gänzliche Vernichtung durch Zerschneiden, Abreißen der Siegel oder gänzliche Durchstreichung desselben, macht das

Ganze, somit auch die Legate hinfällig und die Intestaterbfolge tritt ein; l. 1. § 8. D. 38. 6. Ist das Testament zweifach ausgefertigt worden, so besteht es, wenn nicht beide Exemplare vernichtet worden sind, l. ult. D. 28. 4., wofern nicht die Intestaterben beweisen, daß die Absicht des Erblassers auf gänzliche Aufhebung gerichtet war; l. 1. § 4. D. 38. 6.

Die Fragen: ob die Auslöschungen oder Aenderungen vom Testirer selbst herrühren, ob sie unbeabsichtigt erfolgt oder durch ein Falsum bewirkt seyen, sind blos zum Beweisverfahren auszusetzen; Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 131.

Zu 4) Diejenigen Rechtslehrer, welche auch zu einem testamento ad pias causas die Zuziehung von 2 Zeugen erforderlich achten, können freilich auch ein Legat zu frommen Zwecken nur unter dieser Bedingung als gültig erkennen, s. Mühlenbruch in Glück P. C. l. c. S. 128., dagegen die, wie oben S. 645. Kap. III. § 5. E. von Testamenten ad pias causas zur Fr. 1. bemerkt wurde, in Praxi vorherrschende Meinung lediglich auf Gewißheit des Willens und nicht auf Form hierbei sieht.

Zu 5) Die Beurtheilung dieser Frage, welche sehr wichtig ist, weil Gläubigern und anderen Betheiligten gar viel auf die Gewißheit ankommt, wer wahrer Erbe sey, und an wen sie sich folglich zu halten haben, führt auf den bedeutenden Unterschied zwischen testamentum nullum und rescissibile.*)

Ein rescissibler letzter Wille bleibt bei Kräften, wenn er nicht (z. B. von betheiligten Notherben) rescindirt wird, ein nichtiger aber kann, als in jure nicht existirend gar nicht wirksam werden, und unmöglich convalesciren, denn l. 210. D. 50. 17. sagt: quae ab initio inutilis fuit institutio, ex post facto convalescere non potest. Die testamentifactio ist juris publici, und mithin auch dem Grundsatz unterworfen: jus publicum pactis privatorum immutari nequit. Daher sagt l. 5. pr. D. 34. 9.: post legatum acceptum, non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non jure factum contendere etc.

Umgewandt gilt dasselbe von dem, der sich als Intestaterbe der Erbschaft annimmt, meinend, es sey kein Testament vorhanden. Ist nämlich ein gültiges Testament da, in welchem er als Erbe ernannt ist, so wird ihm Alles, was er vor dessen Vorlage gethan hat, nicht als

*) Nullum: wegen mangelnder testabilitas activa, oder wegen Mängeln an Solennien, oder an den Erforderniſſen des wesentlichen Inhalts, oder wegen Nichtvollendung; rescissibile: wenn das ganze Testament oder die Erbeinsetzung durch Zwang hervorgebracht ist, ferner wenn die bonorum possessio contra tabulas oder die qu. inofficiosi begründet ist, s. Puchta Lehrb. § 476.

Intestat= sondern als Testamentserben zugerechnet, s. l. 22. D. 29. 2. verb. scire debet, qua ex causa etc.

Wenn nun Niemand de jure aus einem ungültigen Testament wirklich Erbe werden kann, er aber doch durch die Anerkennung von Seite des eigentlich Berechtigten die Erbschaft de facto erhält, so kann nur angenommen werden, daß der Intestaterbe sein Recht durch Verzicht auf den Andern überträgt, mithin veräußert, wodurch er selbst aber nicht aufhört, insbesondere den Gläubigern gegenüber, als Erbe zu gelten, oder daß er einfach repudiirt, wodurch aber der Testamentserbe doch wieder nicht Erbe wird, sondern nur den folgenden Intestaterben die Erbschaft eröffnet wird.

Im ersteren Fall, wenn der durch ein ungültiges Testament berufene Erbe durch einen von den Intestaterben geleisteten Verzicht, also durch Uebertragung des eigentlich den Letzteren gebührenden Erbrechts Erbe wird, fragt es sich nur, was dann wegen der Legate Rechtens sey? Es scheint, daß diese hinwegfallen müßten, denn aus dem Testament können sie nicht gefordert werden, weil dieses durch Anerkennung nicht gültig wird, und aus dem Recht, welches von dem Intestaterben auf den durch Testament berufenen Erben übertragen wird, eben so wenig, wie sich von selbst versteht. — Da aber die verzichtweise Anerkennung des Testaments von Seite des Intestaterben im Zweifel den Willen involvirt, daß die Verordnungen des Erblassers in allen Punkten zur Vollziehung kommen sollen, so müssen sie dann wohl wie eine auf dem Nachlaß haftende Schuld geltend gemacht werden können. Hätte aber der Intestaterbe speciell erklärt, daß er **nur** zum Besten des Testamentserben verzichte, und diesem sein ganzes Recht übertragen wolle, so würden die Legatarien nichts bekommen, wofern sie nicht beweisen könnten, daß das Testament ein zu Recht beständiges sey, s. **Mühlenbruch** l. c. Bd. XXXVIII. S. 138. not. 17. Es ist aber noch ein dritter und zwar der gewöhnliche Fall in Betracht zu ziehen, wenn nämlich ein Streit über ein als ungültig behauptetes Testament zwischen den Testaments= und Intestaterben verglichen wird. An wen haben sich in diesem Fall die Erbschaftsgläubiger zu halten?

Hier scheinen zwei Gesetzesstellen einander zu widerstreiten; l. 3. pr. D. 2. 15. sagt: da das Testament in diesem Fall nicht rescindirt wird, so habe sich der Testamentserbe wegen der Erbschaftslasten vorzusehen, denn an ihn hätten sich immerhin die Gläubiger und Legatare zu halten. Die l. 14. D. 2. 15. aber entscheidet: da die Succession hier in Ungewißheit bleibe, so sey Jeder auf den im Vergleich ihm bestimmten Theil zu belangen. Ueber die vielfachen Erklärungs= und Vereinigungs=

versuche dieser beiden Stellen s. Mühlenbruch l. c. S. 155. Die einfachste und natürlichste Erklärung ist gewiß die des A. Faber Rational. ad Pand. Lib. 28. tit. 3., welche v. Vangerow Pand. Bd. II. § 457. annimmt und zur Evidenz erhebt. Die l. 3. cit. spricht nämlich ausdrücklich von einem rescissiblen Testament, und da ist es denn ganz natürlich, daß der Testamentserbe, wenn er sich, sey es auch durch Vergleich, in seiner Eigenschaft behauptet, und so die Rescission abgewendet hat, auch allen erbschaftlichen Verbindlichkeiten unterworfen bleibt.

So sagt auch l. 29. § 2. D. 5. 2., wenn sich der Querulant mit dem Testamentserben vergleicht: tamen testamentum in suo jure manet, et ideo datae in eo libertates atque legata — suam habent potestatem.

Hier ist keine Ungewißheit darüber, wer Erbe sey. — Eine solche Ungewißheit kann nur entstehen, wenn der Streit über ein nichtiges Testament unentschieden bleibt, indem sich der Intestat- und der Testamentserbe vergleichen, daher die l. 14. cit nur von diesem Fall verstanden werden kann.

Aber eben wegen dieser objectiven Unentschiedenheit ist es wohl am natürlichsten, daß die Transigenten der unter sich angenommenen Norm auch gegen Dritte zu unterwerfen seyen, ausgenommen, wenn einer oder der andere Transigent gegen eine Abfindung seinem etwaigen Recht entsagt. Die Frage scheint übrigens mehr für Legatare von Wichtigkeit, welchen nur eine Klage gegen den Erben ex testamento zusteht, während Gläubiger sich schlechthin an jeden Besitzer der Erbschaft halten können.

Zu 6) Auch hier wird der Unterschied zwischen einem nichtigen und einem rescissiblen Testament bedeutsam:

a) daß dem zur Rescission Berechtigten kein Rückgriff mehr möglich sey, wenn er auf irgend eine Weise das unförmliche Testament anerkannt hat, leuchtet von selbst ein, l. 95. D. 29. 2. recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis, und ist klar ausgesprochen in l. 23. § 1. l. 31. § 4. l. 32. D. 5. 2. — l. 3. § 10. 15. 16. l. 14. pr. l. 15. D. 37. 4., insbesondere l. 5. pr. D. 34. 9. post legatum acceptum — *inofficiosum* dicere (testamentum) non permittitur. — l. 8. C. Th. de codicillis: si quis agnoverit defuncti voluntatem, de inofficioso agere prohibetur.

Eine Ausnahme findet sich nur in l. 12. § 2. D. 5. 2. Ein Enterbter forderte das ihm wirklich hinterlassene Vermächtniß; es findet sich aber, daß dieses vom Erblasser später widerrufen ist. Da er nur unter bestimmter Voraussetzung das ihm nachtheilige

Testament anerkannt hatte, so wurde er demungeachtet zur qu. inofficiosi noch zugelassen, denn — heißt es — est aliquid, quod testatoris vitio reputetur, ut merito repellendus non sit. Dasselbe wäre daher auch anzunehmen, wenn der Testirer ihn niemals in Kenntniß von seinem Verwandtschaftsverhältniß gesetzt hätte, s. Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXV. S. 455., Bd. XXXVIII. S. 140.

b) Dahingegen wird man durch eine geschehene Anerkennung eigentlich nicht verhindert, ein nichtiges Testament noch anzufechten; l. 3. D. 48. 10. — l. 5. pr. D. 34. 9. post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non jure factum contendere, doch darf derjenige, welcher so in sich selbst widersprechend handelt, keiner Gefährde sich schuldig gemacht haben; es heißt nämlich l. 5. cit. § 1. weiter: ipso jure petere hereditatem poterunt, an autem prohibendi sint, vel non, ex cujusque persona, conditione, aetate, causa cognita, a judice statuendum erit, und in l. 43. D. 5. 3. imperator Antoninus rescripsit ei, qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse, *scilicet si manifesta calumnia sit.*

Ueber die verschiedenen Erklärungsarten der einschlägigen Gesetze s. Francke im civilist. Archiv Bd. XIX. S. 177., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 140.

Als unzweifelhaft dürfte angenommen werden, daß eine aus Unkenntniß der Thatsachen geschehene Anerkennung nicht schadet; z. B. wer als Intestaterbe repudiirt, während er nicht weiß, daß er durch Testament berufen war, kann immer noch aus jedem Grunde später antreten; s. l. 17. § 1. D. 29. 2. ad neutrum ei repudiatio nocebit, neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata. Es kann aber noch weiter behauptet werden, daß es auf einen Unterschied zwischen Rechtsirrthum und Irrthum in Thatsachen hier nicht geradezu ankommt. Ein vom Anfang an nichtiges Testament kann nämlich durch die bloße Anerkennung unmöglich zu einem gültigen werden, sondern nur durch die in einer wissentlichen Anerkennung liegende Verzichtleistung kann die Querel ausgeschlossen werden. Die Wissenschaft wird ja aber durch Unwissenheit und Irrthum in jure eben so wohl als in facto ausgeschlossen. Daher kann derjenige, welcher ein Testament, weil er es für gültig hielt, anerkannte, sein Recht gegen dasselbe nicht verlieren; l. 8. D. 5. 3. —

l. 19. D. 5. 2. — l. 79. D. de legat. II. (31.)*), Francke Recht der Notherben S. 254. Es kann übrigens Fälle geben, wo von einem Rechtsirrthum gar nicht die Rede seyn kann, indem demjenigen, welcher die Thatsachen kennt, von welchen die Richtigkeit des Testaments abhängt, diese Richtigkeit unmöglich unbekannt seyn kann, indem z. B. jedermann weiß, daß ein untergeschobenes Testament nicht gilt, oder daß ein Testament, welches gar keine äußere Form hat, angefochten werden kann; und in zweifelhaften Fällen kann viel von der Persönlichkeit des Klägers abhängen, ob er der Rechte kundig ist, oder nicht. Hiernach erklärt sich die vorhin citirte l. 48. D. 5. 3. ex cujusque persona, conditione — statuendum erit, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 929.

Zu 7) Die l. 5, D. 34. 9. unterscheidet folgende Fälle:

a) Hat der Kläger das Testament als non jure factum impugnirt, so verliert er, auch wenn er abgewiesen wird, dadurch nicht, was ihm im Testament ausgesetzt ist, cf. l. 24. D. eod.
b) Von dem, welcher das Testament eines falsi beschuldigt, ist dagegen leg. cit. gesagt: er müsse verlieren, was er aus dem Testament erhalten hat, cf. l. 8. C. 6. 35. und dasselbe gilt
c) als Strafe gegen denjenigen, welcher das Testament ohne Grund als lieblos angefochten hat; l. 8. § 14. D. 5. 2. — l. 5. pr. § 3—9. l. 22. D. 34. 9.

B) Testam. irritum factum.

1) Da die Gültigkeit eines Testaments davon abhängt, daß derjenige, welcher dasselbe errichtet, die Testirfähigkeit**) gehabt habe, so kann auch deren erlittener Verlust ein vorher errichtetes Testament wirkungslos machen. Daß die capitis diminutio minima noch heut zu Tage so wirke, wie es das R. R. bestimmt hat, ist unbestritten, s. Höpfner Instit. Comm. § 520. not. 2. Zweifelhaft aber ist es, ob die nach R. R. mit einer Capitalstrafe verbundene capitis diminutio maxima h. z. T. anwendbar sey.

---

*) Daß l. 97. D. 29. 2. nicht entgegensteht, s. Francke im civil. Archiv Bd. XIX. S. 202.

**) Vgl. oben S. 577. Kap. III. § 1. Nr. 1. Hier ist blos von derjenigen Testirunfähigkeit die Rede, welcher die Vernichtung der bürgerlichen Rechtsfähigkeit als Princip zum Grunde liegt.

Manche Rechtsgelehrte halten sie nicht für anwendbar, denn sowie durch die Nov. 22. c. 8. die servitus poenae, so sey durch die Nov. 134. c. 13. mit der Vermögensconfiscation auch die Ursache derselben, die capitis diminutio aufgehoben worden; Cocceji jus controv. P. II. Lib. 28. tit. 1. qu. 1., Puchta Lehrb. d. Pand. § 462. Dagegen Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 93. und theilweise nach ihm Mühlenbruch ebd. Bd. XXXIX. S. 37. behaupten, die Dispositionsunfähigkeit des Verurtheilten sey auch von Justinian nicht mit der servitus poenae eo ipso aufgehoben. Allein die C. C. C. Art. 135. und 218. hat, wie Wächter im civilist. Archiv Bd. XVII. no. 14. bemerkt, die stillschweigenden Vermögensconfiscationen aufgehoben, übrigens würde aus einer erlittenen Vermögensconfiscation ja gar nicht die Testirunfähigkeit über nachherigen Erwerb folgen. Jede Ungewißheit fällt übrigens weg, wenn, wie im Baier. Strafgesetzb. Th. I. Art. 5. und 7. mit der Verwirkung einer gewissen Strafe, namentlich mit der Todesstrafe die Testirunfähigkeit, mit der Kettenstrafe der bürgerliche Tod ausdrücklich verbunden ist.

2) Gelangt ein solches Testament, wenn sich in der Folge die Testirunfähigkeit wieder aufgehoben hat, durch jedwede Erklärung des Testators über seinen fortdauernden Willen zu rechtlicher Wirksamkeit?

Schweppe röm. Privatrecht Bd. V. § 822. bejaht diese Frage schlechthin, allein die l. 11. § 2. D. 37. 11. erfordert hierzu ein Codicill, oder wenigstens eine schriftliche Verfügung; s. Marezoll im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 264. und dies ist auch, ungeachtet Manche die Frage sogar ohne Unterschied verneinen, s. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 458. als die herrschende Meinung, bezüglich l. 11. § 2. D. 37. 11. anzuerkennen, s. Puchta Pand. § 462., Sintenis Civilr. Bd. III. S. 474. not. 6., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 975.

C) Testamentum destitutum.

1) Dieser Fall kann entweder dadurch eintreten, daß der eingesetzte Erbe nicht fähig ist, die Erbschaft zu erwerben, oder daß er, was jedoch nicht vor der Delation, mithin bei einer bedingten Einsetzung nicht vor eingetretener Bedingung gültig geschehen kann, l. 13. pr. D. 29. 2. — l. 4. C. 6. 31., dieselbe repudiirt, und für einen oder den anderen Fall nicht durch eine Substitution Fürsorge getroffen ist. Die recht-

liche Folge wird insgemein dahin angenommen, daß es dann zur reinen Intestaterbfolge kommt.*) Gleichwohl ist es noch bestritten, ob blos die Erbeinsetzung dadurch hinfällig werde, oder auch andere Bestimmungen des Testaments, z. B. Vermächtnisse, Vormundschaftsernennungen, testamentarische Pfandrechte und dergl. corruiren?

2) Ob die Legate nicht dann wenigstens von den Intestaterben zu prästiren sind, wenn das Testament die Codicillarclausel enthält?

Zu 1) Wenn gleich mehrere bedeutende Stimmen sich für die Aufrechthaltung der Legate ꝛc. erhoben haben, z. B. Voet Comm. ad Pand. Lib. 29. tit. 4., Struv. Synt. jur. civ. Ex. 32. th. 47.. v. Löhr im civil. Archiv Bd. V. S. 391. (von testamentarischen Pfandrechten insonderheit s. Sintenis Handb. d. gem. Pfandr. § 29. S. 264.), so ist doch gewiß die Unhaltbarkeit dieser auf einer irrigen Auslegung der l. un. C. 6. 51. und der Nov. 1. beruhenden Meinung dargethan, s. Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXIX. S. 44. ꝛc., v. Vangerow Pand. § 459., und die herrschende Lehre ist der l. 9. D. 26. 2. treu geblieben, si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt. cf. § 2. in f. J. 2. 22., s. die von Mühlenbruch l. c. not. 77. angeführten vielen Lehrbücher, hiernächst Franke Beitr. Abth. I. S. 148., Braun Erörter. zu Thibaut § 835. Auch ist kein Grund vorhanden, in Ansehung der legata ad pias causas ein Anderes zu statuiren, wie Kreittmair in seinen Anmerk. zu Cod. Bavar. Max. Civ. T. III. cap. 3. § 29. no. 2. angenommen hat, s. dagegen Kritz Samml. von Rechtsf. Bd. I. S. 51.

---

*) Dies kann auch dann zuweilen der Fall seyn, wenn die im Testament Eingesetzten auch ab intestato erbberechtigt sind, und die Intestaterbschaft vorziehen. Denn die Nov. 1. steht nur in so fern entgegen, daß auf solche Art einem Dritten der im Testament ihm zugedachte Vortheil nicht entzogen werden darf. Geschieht aber dies nicht, so können sich Intestaterben gar wohl vereinigen, omissa causa testamenti zu erben, s. Elvers allgem. jurist. Ztg. v. J. 1830. S. 238. ꝛc. Jedoch wäre ihnen diese Freiheit wohl nicht blos in dem Falle zu versagen, wenn sie damit die Befreiung von den vom Testator angeordneten Legaten und Fideicommissen bezwecken, sondern auch wenn sie sich irgend welchen ihnen lästigen Verbindlichkeiten und Beschränkungen dadurch entziehen wollten; s. Mabihn Miscellen no. 20., vergl. Gans Zeitschr. f. Civil- u. Criminalrechtspflege im Königr. Hannover Bd. I. H. 3. no. 19. — l. ult. § fin. C. 6. 42. — Nov. 1.



Zu 2) Da zur Gültigkeit eines Codicills keine Erbeinsetzung nöthig ist, so bleiben dann wenigstens die Legate gültig, und sind daher die Intestaterben vermöge Intestatcodicills zu deren Auszahlung verbunden; s. Mühlenbruch l. c. S. 73., Höpfner Instit. Comm. § 522. not. 2. Durch die Codicillarclausel werden auch die in einem rumpirten Testament enthaltenen Legate aufrecht erhalten. Nepos postumus in testamento avi praeteritus testamentum rumpit, adjecta vero clausula codicillari tanquam codicillum sustinetur; G. L. Böhmer Rechtsfälle Bd. III. Abth. I. S. 251.

D) Testamentum ruptum.*)

1) Gilt h. z. T. ein pactum de non mutando testamento?

2) Wenn der Testator gesagt hat, ein späteres Testament soll nur dann gelten, wenn es in dieser oder jener bestimmten Form errichtet seyn werde, ist dann dasselbe dennoch aufrecht zu erhalten, wenn es von dieser Form abweicht?

3) Wird das frühere Testament auch dann durch das spätere, dessen gültige Beschaffenheit vorausgesetzt, als rumpirt erachtet, wenn letzteres destitut wird, oder wenn das zweite rumpirt wird, es sey nun durch einen postumus, oder absichtlich, um das frühere wieder herzustellen?

4) Nachdem in l. 27. C. 6. 23. verordnet ist, daß ein Testament nicht durch bloßen wörtlichen Widerruf seine Kraft verliere, sondern nur dann, wenn seit seiner Errichtung 10 Jahre**) abgelaufen sind, und während oder nach dieser Zeit der Testator vor Gericht oder vor nicht weniger als drei tüchtigen Zeugen den Widerruf erklärt hat, so entsteht die Frage:

a) ob diese Zeugen die Eigenschaft solenner Testamentszeugen haben müssen, und ob unitas actus dabei erforderlich sey?

b) ob auch der Widerruf eines Testaments unter Eltern und Kindern auf diese Weise geschehen könne?

---

*) Die besondere Art der Ruption durch einen postumus wird des Zusammenhanges wegen im Kap. IV. vom Notherbenrecht behandelt werden.

**) Daß die 10 Jahre nicht von der Zeit des Widerrufs, wie Einige glauben, sondern von der Testamentserrichtung an zu rechnen sind, s. Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 288., Höpfner Instit. Comm. § 518., Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 942.

c) ob auch Codicillardispositionen nicht anders wirksam widerrufen werden können, als vor Gericht oder vor drei Zeugen und mit Ablauf von 10 Jahren?

5) Wenn das Testament entweder bei dem Testirer selbst, oder bei einem Andern, der es in Verwahrung hatte, zerrissen gefunden wird, wem liegt der Beweis darüber ob, wenn die Frage entsteht, ob es vom Testator selbst, oder durch einen Zufall oder von einem Andern ohne Auftrag geschehen sey?

6) In welchem Fall wird ein vollständiges Testament sogar durch ein späteres unvollkommenes aufgehoben?

7) Lebt das rumpirte Testament wieder auf, wenn der postumus, welcher es rumpirt hat, noch vor dem Testator gestorben ist, oder wenn der Testator das zweite Testament, durch welches das erste rumpirt worden ist, wieder vernichtet hat, oder wenn bei dem im zweiten Testament unter einer conditio de futuro eingesetzten Erben die Bedingung nicht verwirklicht worden ist?

8) Kann die in einem Testament enthaltene Erbeinsetzung durch deren in einem Codicill erfolgten Widerruf aufgehoben werden?

9) Kann der Widerruf der Erbeinsetzung oder eines Legats auch aus bloßen Thatsachen gefolgert werden?

10) Haben auch privilegirte Testamente vim rumpendi?

11) Ist ein öffentliches Testament für widerrufen zu achten, wenn der Testirer sich dasselbe aus dem gerichtlichen Asservatorio zurückgeben ließ?

Zu 1) Daß eine im Testament niedergelegte Versicherung, dasselbe nicht ändern zu wollen, selbst wenn sie eidlich bekräftiget wäre, den Testator nicht binde, ist wohl unzweifelhaft anzunehmen; s. Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 190. Wenn aber der Testator sich einer bestimmten Person gegenüber verpflichtet hat, seine Disposition nicht ändern zu wollen (s. oben S. 633. Kap. III. § 5. D., von wechselseitigen Testamenten), so pflegen Manche dies schlechthin für eine vertragsmäßige, und daher da, wo nach deutschem Recht Erbverträge gelten, wirksame Verpflichtung anzusehen; s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. § 471. (419.), Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 350., Mühlenbruch in Glück P. C. l. c. S. 209.

Da es aber immer bedenklich bleibt, das Recht der Testamente mit dem Recht der Verträge zu vermengen und jene nicht nach ihren eigen-

thümlichen Vorschriften zu behandeln, s. Madihn Miscellen Bd. I. S. 135., so wird wenigstens die bestimmteste Fassung erfordert, um die Vertragsnatur annehmen zu dürfen. Vergl. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. S. 711.

Zu 2) Die röm. Gesetze scheinen hierüber ganz einander entgegengesetzte Entscheidungen zu enthalten, zu deren Auslegung fünferlei Versuche aufgezählt werden, s. Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 203. Einmal heißt es: der Wille des Testators bestimmt, was von dem im Testament Geschriebenen gelten soll, und bei Vermächtnissen gilt das zuletzt Niedergeschriebene, l. 12. § 3. l. 14. pr. D. de leg. I. (30.); nur dann gilt das früher Geschriebene, wenn der Testator sagte: was ich dem N. weiter unten vermachen werde, das vermache ich ihm nicht. Sollte dann doch das später Geschriebene gelten, so müßte, um den Grundsatz anwendbar zu machen, nemo sibi ipse legem dicere potest, ut a priore voluntate recedere non liceat, eine ausdrückliche Erklärung des Testators vorliegen, daß er seinen früheren Willen bereuet habe; l. 22. pr. D. de leg. III. (32.) Diese Gesetzstellen handeln aber nur von dem Fall, wo in einem und demselben Testament Bestimmungen vorkommen, von welchen die eine durch die andere aufgehoben wird, oder eine mehr oder weniger gibt als die andere. Dagegen wird bei verschiedenen Willenshandlungen, welche in verschiedene Perioden fallen, unbedingt die letzte vorgezogen, daher, wenn der Testator die sich vorbehaltenen Codicille nur mit einer Beschränkung bestätigt hat, welche er hinterher doch nicht beobachtete, so sollen sie, wenn nur ihre Aechtheit nicht zu bezweifeln ist, dennoch gelten: licet in confirmatione codicillorum pater familias adjecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati, neque manu ejus scripti fuerint; nam ea, quae postea geruntur, prioribus derogant. l. 6. § 2. D. 29. 7. — l. ult. pr. D. de leg. II. (31.)*) Sämmtliche Gesetzesstellen vereinigen sich in dem Satz: die spätere Willensäußerung hebt in der Regel die frühere auf, aber auch die spätere Willenshandlung derogirt der früheren Willensbestimmung.

*) Diese Gesetzstelle ist jedoch nicht anwendbar, wenn nicht in einem vorher errichteten Testament, sondern in dem codicillarischen Aufsatz selbst der Testator sich darauf bezogen hat, daß er zwei Zeugen um ihre Mitunterschrift und Sieglung ersucht habe, und dieses nicht erfolgt ist; denn da ist seiner erklärten Absicht nach die Disposition unvollzogen geblieben, besonders wenn nun auch das Datum offen geblieben ist; s. Pütter in Thons gesammelten Rechtsfällen S. 50.



Die verschiedenen Ansichten der Rechtsgelehrten sind in ihrer schwankenden Beschaffenheit in Glück P. C. l. c. zu vergleichen.

Zu 3) Unter der Voraussetzung, daß das spätere Testament nicht nullum oder injustum sey, gilt die Regel: testamentum semel ruptum semper ruptum manet. § 2. J. 2. 17., es bleibt also rumpirt, wenn gleich das spätere Testament wieder aufgehoben oder destitut wird, oder der in diesem eingesetzte Erbe die Erbfähigkeit verliert, oder die an sich mögliche Bedingung (nämlich eine eigentliche, nicht etwa eine conditio in praeteritum oder in praesens collata), unter welcher dieser Erbe eingesetzt ist, nicht eintritt, l. 1. l. 16. D. 28. 3., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 350. Ausnahmsweise wird jedoch das erste Testament noch neben dem zweiten erhalten:

a) wenn das zweite aus bloßem Irrthum erzeugt wurde. Hierüber entscheidet l. 92. D. 28. 5. A. hatte die P. zur Erbin eingesetzt und ihren Vater ihr substituirt. Letzterer wurde umgebracht, und bei dieser Gelegenheit hieß es, die Tochter sey auch umgekommen. Durch dieses Gerücht verleitet, errichtete er ein neues Testament, und setzte einen Andern zum Erben ein, mit den Worten: quia heredes, quos volui habere, mihi continere non potui, N. heres esto. Nun kam aber die P. zum Vorschein und nahm die Erbschaft aus dem früheren Testament in Anspruch, worauf der Kaiser entschied, daß die P. als Erbin gelte, aber die im zweiten Testament verordneten Legate präſtiren müsse, wie wenn sie in diesem zu Erben eingesetzt wäre; Mühlenbruch l. c. S. 476.

b) Auch dann wird das erste Testament durch das zweite nicht rumpirt, wenn beide neben einander füglich bestehen können, besonders wenn der Testator ausdrücklich bestimmt hat, daß der im zweiten Testament eingesetzte Erbe die Bestimmungen des ersten aufrecht halten solle, § 3. J. 2. 17. — l. 12. § 1. D. 28. 3., mithin fideicommittirt hat, oder auch, wenn im zweiten Testament die nämliche Person zum Erben eingesetzt worden ist, welchenfalls die in dem einen wie in dem anderen Testament enthaltenen Legate entrichtet werden müssen; s. G. L. Böhmer Rechtsfälle Bd. II. Abth. II. no. 172. Aber auch als stillschweigendes Fideicommiß gilt es, wenn der Erblasser im ersten Testament einen Haupterben, im zweiten aber einen heres ex re certa ernannt hat; dieser muß dann mit dem ihm angewiesenen Erbstück zufrieden seyn, und das Uebrige dem im ersten Testament eingesetzten Erben her=

ausgeben; l. 29. D. 36. 1., Mühlenbruch l. c. S. 471., Höpfner Instit. Comm. § 518.

c) Wenn zwei Testamente unter einerlei Datum mit Einsetzung verschiedener Erben errichtet worden sind, so rumpirt keines das andere, sondern beide werden als plures tabulae ejusdem testamenti, oder pro unis tabulis angesehen; l. 1. § 6. D. 37. 11. Ist ein Testament, wie ehemals öfter zu geschehen pflegte, zweifach gefertigt worden, so schadet es der Gültigkeit desselben nicht, wenn nur ein Exemplar vernichtet worden ist, so fern nicht die auf gänzliche Aufhebung gerichtete Absicht erwiesen werden kann; l. 4. D. 38. 6.

Zu 4a) Wenn gleich die l. 27. C. 6. 23. nur die Gewißheit und nicht eine Feierlichkeit des Widerrufs zu bezwecken scheint, daher nach einer von Hannesen Diss. I. de revocat. test. § 13 – 21. angeführten Entscheidung der Widerruf für gültig erkannt wurde, bei welchem sich unter den Zeugen zwei Frauenzimmer befunden hatten, so ist doch nach dem allgemeinen Grundsatz, daß ein Geschäft nur so, wie es errichtet worden, aufzulösen sey, l. 35. D. 50. 17. eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est — sehr wahrscheinlich, daß das Gesetz nur die Zahl der Zeugen herabsetzen, in Ansehung ihrer Qualität aber nichts nachgelassen wissen wollte, und während früher ein Testament nur durch ein neues solennes aufgehoben werden konnte, auch der nun zugelassene Act des Widerrufs als eine feierliche Handlung gepflogen werden solle, die Zeugen also Solennitätszeugen und in so weit zu diesem Zweck zu erbitten seyen, daß der Widerruf von bloßem Discours unterschieden und als Rechtsgeschäft erkennbar sey. Weiter als in diesem Sinn kann aber weder rogatio testium noch unitas actus erfordert werden; Mühlenbruch l. c. S. 283. ꝛc.

Zu 4b) Auch das testamentum parentum inter liberos muß der Revocabilität unter Beobachtung vorbemerkter Vorschriften unterworfen erachtet werden, denn daß dessen Aufhebung durch ein späteres Testament nach Nov. 107. c. 2. nicht durch ein in der privilegirten Form errichtetes, sondern nur durch ein feierliches Testament geschehen kann, schließt die Aufhebung durch wörtlichen Widerruf nicht aus; Mühlenbruch l. c. S. 301.

Zu 4c) Legate und Fideicommisse wurden schon nach dem ältern Recht nuda voluntate aufgehoben; Ulpiani Fragm. XXIV. § 29., und zwar, wenn gleich nicht ipso jure, doch per exceptionem doli, mit welcher derjenige zurückgewiesen wurde, welcher gegen den Willen des Erblassers ein Legat begehrte; l. 4. § 10. D. 44. 4. Dies ist von

Justinian nicht besonders abgeändert, und gilt daher noch immer nach der Regel: species derogat generi, wenn gleich für Aufhebung der Testamente durch bloßen Widerruf andere Normen gegeben sind.

Erbeinsetzungen und Legate findet man vielmehr in den Gesetzen eben aus diesem Gesichtspunkt in Gegensatz gestellt, daß zwar wohl bei letzteren, nicht aber auch bei ersteren blos der veränderte Wille wirksam wird; l. 36. § 3. D. 29. 1. — l. 22. D. 34. 4. — Die abweichende Meinung des Stryck de cautel. testam. Cap. 24. § 41., wornach die Aufhebung der Vermächtnisse bald vor 5, bald vor 2 Zeugen geschehen soll, ist daher wohl unbedenklich zu verwerfen und die l. 4. § 10. D. 44. 4. verbunden mit l. 1. § 8. D. 38. 6. nicht in solchem Sinn zu nehmen; Höpfners Instit. Comm. § 518. not. 6., Mühlenbruch l. c. S. 320.

Zu 5) Wird das Testament bei dem Testirer selbst zerrissen vorgefunden, so muß vermuthet werden, daß er es und zwar absichtlich gethan habe, hatte aber Jemand Andres dasselbe in Verwahrung, so ist, wie Höpfner Instit. Comm. § 518. S. 587., Thibaut System § 977. (Ed. 8.) statuirt, das Gegentheil zu vermuthen. Dieser Meinung scheint zwar entgegen zu stehen, daß unrechtmäßige Handlungen nie vermuthet werden dürfen, allein dagegen ist es auch gewiß wahr, daß derjenige, welchem eine Urkunde zu einem gewissen Zweck übergeben war, und sie in einer diesen Zweck aufhebenden Beschaffenheit vorlegt, beweisen müsse, daß die gegebene Bestimmung von dem Urheber selbst wieder aufgehoben worden sey. Es kann sich leicht zutragen, daß der Vater eine in privilegirter Form errichtete Disposition einem seiner Söhne zur Aufbewahrung übergeben hat, gewiß würde dann dieser beweisen müssen, daß der Vater selbst sie cassirt oder habe cassiren lassen.

Zu 6) Unbezweifelt ist nach der klaren Bestimmung in l. 2. D. 28. 3. — l. 21. § 3. C. 6. 23. — Nov. Theodos. II. tit. XVI. § 7. die Begünstigung eines Testaments, worin die gesetzlichen Erben eingesetzt sind, vor einem solchen, in dem andere Personen zu Erben ernannt sind. Ein solches später errichtetes Testament soll selbst dann, wenn es nicht ganz zu Stande gebracht werden konnte, und wenn nur 5 Zeugen, welche jedoch die Eigenschaft von Testamentszeugen haben müssen, s. Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVIII. S. 401., wenn sie gleich nicht die schriftliche Disposition unterschrieben haben, doch die Aechtheit eidlich bekräftigen, das frühere testamentum perfectum rumpiren.

Nur in einzelnen Beziehungen stößt man auf differente Meinungen, insbesondere ob das testamentum posterius imperfectum als ein wahres Testament, nämlich als testam. privilegiatum oder als Codicill gelte?

ob im letzteren alle Intestaterben eingesetzt seyn müssen, oder ob es genüge, wenn nur einige der zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenen Intestaterben eingesetzt sind? Die richtige Ansicht entwickelt sich ohne Zweifel aus den Worten der l. 21. § 3. C. 6. 23. secundam ejus voluntatem non quasi testamentum, sed quasi ultimam voluntatem intestati valere sancimus, in qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiant Hierdurch begründet sich die herrschende Ansicht, daß ein solches testamentum posterius imperfectum ein an die Intestaterben gerichtetes Codicill sey, in welchem diese zwar zu ungleichen Theilen eingesetzt, aber nicht einzelne von ihnen ausgeschlossen werden können, auch Pupillarsubstitutionen, Enterbungen, Vormundschaftsernennungen nicht darin stattfinden; vergl. Höpfner Instit. Comm. § 463. not. 1. und § 518., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 870., Marezoll in Löhrs Magazin Bd. IV. S. 173., Mackeldey Lehrb. § 677., besonders v. Vangerow Pand. Bd. II. § 460. II. 1. und neuerlich Pfotenhauer in Linde's Zeitschr. Bd. XVI. S. 1. gegen Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 364., auch Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 44. Es kann auch nicht in der Willkühr des Erblassers stehen, ob er einen von den nächsten oder entfernteren Verwandten zu Erben einsetzen wolle; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. X. no. 530. S. 309., Mühlenbruch l. c. S. 386. und wenn neben den Intestaterben auch eine persona extranea eingesetzt ist, so gilt dieses nicht, sondern der ihr bestimmte Theil accrescirt den Intestaterben; l. 21. § 3. C. 6. 23.

Zu 7) Vermöge des Grundsatzes: testamentum semel ruptum semper ruptum manet, kann das spätere Schicksal des zweiten Testaments keinen Einfluß auf das erste haben. Die aufgeworfene Frage ist daher regelmäßig in allen Fällen zu verneinen. Doch scheinen einige Modificationen zulässig.

a) So rumpirt ein postumus das Testament, wenn er auch nur einen Moment gelebt hat, l. 2. C. 6. 29., kommt er aber schon bei Lebzeiten des Testators zur Welt, und stirbt vor dessen Tod, so gibt der Prätor bonor. poss. sec. tabulas cum re, was nun die gleiche Wirkung mit einem rechtsgültigen Testament hat; Glück P. C. Bd. XXXVI. S. 347., Bd. XXXIX. S. 4., Bd. XLII. S. 4., Thibaut System § 966. (Ed. 8.)

b) Wenn der Testirer das spätere Testament zerstört, um das frühere noch unversehrt erhaltene wieder in Kraft treten zu lassen, so gibt der Prätor auch aus dem ersten Testament bonor. poss. sec. tabulas, ob aber cum re oder sine re, ist sehr zweifelhaft;

v. Vangerow Pand. Bd. II. § 458. u. 460. II. 2. deducirt das Letztere. Nach Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 478. soll es von den Umständen abhängen, und der erweisliche Wille des Testators für die b. p. cum re den Ausschlag geben; vergl. Francke Notherbenrecht S. 120., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 870. not. 7.

Zu 8) Verneinend entscheidet l. 4. C. 6. 35.

Zu 9) Die Gesetze nehmen dies in folgenden Fällen an: wenn zwischen dem Erblasser und Honorirten tödtliche Feindschaft ausgebrochen und keine Versöhnung erfolgt ist; l. 3. § 11. l. 4. l. 22. D. 34. 4. — l. 9. pr. D. 34. 9.; wenn der Testirer später in einer Verfügung den Legatar oder dieser jenen öffentlich beschimpft hat, l. 13. l. 20. D. 34. 4. — l. 9. § 1. D. 34. 9.; wenn Jemand seine Gattin bedachte und nachher die Scheidung erfolgte l. 11. § 10. D. 24. 1. — l. 49. § 6. D. de leg. III. (32)

Zweifelhaft ist der Fall, wenn die einem Legat beigefügte Last oder Abgabe wieder weggenommen wird; l. 30. § 2. l. 31. § 1. D. 34. 4. vergl. mit l. 17. pr. l 60. D. de leg. II. (31.) l. 38. § 6. D. de leg. III. (32.) l. un. § 4. C. 6. 51.; s. unten Kap. X. § 10. vom Wegfall des Vermächtnisses Ziff. VI. ademtio et transl. legati, Fr. 5. und 5 a.

Zu 10) Allerdings; s. l. 2. D. 28. 3., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 460. II. 4., Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVIII. S. 365. Umgewandt werden auch privilegirte Testamente durch Widerruf vor 3 Zeugen in Verbindung mit dem Ablauf von 10 Jahren rumpirt, s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 943.

Zu 11) Häufig wird zwar diese Frage bejaht, Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. § 471. (419.) und deshalb auf l. 18. C. 6. 23. hingewiesen, allein dort wird nur gesagt, daß diejenigen Testamente, die einmal beim magister census niedergelegt wären, auch bei ihm aufbewahrt bleiben müßten, und nachher keinem andern Richter zur Aufbewahrung übergeben werden dürfen.

Nach den Gesetzen läßt sich daher diese Meinung gewiß nicht rechtfertigen, denn das Deponirtseyn kann bei dem gerichtlichen Testament eben so wenig, als das Uebergeben an Notar und Zeugen als das Wesentliche betrachtet werden, vielmehr genügt, daß der actus testandi gerichtlich vollzogen ist; l. 19. C. 6. 23. Daß ein einfacher Widerruf nicht die Kraft eines Testaments aufheben könne, ist vorhin schon aus den Gesetzen nachgewiesen worden, und noch weniger kann die blos muthmaßliche Absicht des Widerrufs wirken, l. 27. C. 6. 23. — § 7. J.

2. 17., Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 218., Bd. XXXVIII. S. 302., v. Vangerow l. c. §. 460. III. 2. S. 210., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 1., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VII. S. 249. Eben so Thibaut System d. P. R. § 831. (Ed. 8.), jedoch mit der Modification, daß die Zurücknahme des Testaments nur dann nicht dasselbe unwirksam mache, wenn es ein Zeichen der gerichtlichen Beglaubigung an sich trägt. Spangenberg im civilist. Archiv Bd. V. S. 171. betrachtet es als bloße quaestio facti, welche nur nach der bei der Zurücknahme des Testaments vorhandenen erweislichen oder nach den Umständen anzunehmenden muthmaßlichen Absicht des Testators bald bejahend, bald verneinend entschieden werden muß. Für die bestimmte Verneinung der aufgestellten Frage entscheidet aber der Grund: ein gerichtlich zu Protocoll erklärtes oder auch ein gerichtlich niedergelegtes feierliches Privattestament erhält seine Gültigkeit nicht durch die Aufbewahrung, durch die Zurücknahme aus der Gerichtsregistratur kann es daher nichts weiter als die Kraft einer archivalischen Urkunde verlieren, seiner selbstständigen Natur als Testament kann dies aber keinen Eintrag thun. Dagegen gilt jedoch ein Anderes da, wo — wenigstens particularrechtlich — ein Privataufsatz durch bloße Niederlegung bei der Behörde die Kraft einer förmlichen letzten Willensverordnung erhält. Da läßt sich in der Zurücknahme desselben nur ein Widerruf des Testators erblicken, welcher sofort in Kraft tritt; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. X. S. 945. Neuere Gesetze bestimmen ausdrücklich, daß mit der Zurücknahme des Testaments auch wörtlicher Widerruf verbunden werden muß; Preuß. Landrecht Th. I. Tit. 12. § 569.

Kapitel IV.

Von der Erbfolge gegen ein Testament.

Inst. II. 13. de exheredatione liberorum. Dig. XXVIII. 2. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis. Cod. VI. 28. de liberis praeteritis vel exheredatis. Cod. VI. 29. de postumis heredibus instituendis vel exhered. vel praeteritis. Nov. 115. Ulpiani Fragm. XXII. 14—23

Einleitung.

Diese tritt ein, wenn der Testirer eine von den Gesetzen in dem Familienverhältniß begründete Zwangspflicht verletzt hat, vermöge deren

1) gewisse Personen entweder eingesetzt, oder ausdrücklich und zwar unter Anführung einer der in den Gesetzen bestimmten Enterbungsursachen exheredirt werden müssen, mithin durchaus nicht präterirt werden dürfen;
2) Personen etwas hinterlassen werden muß — Pflichttheilsberechtigte.

Beide Anforderungen, welche das Gesetz rücksichtlich der Form und der Materie an einen Testirer macht, treffen in dem wechselseitigen Verhältniß zwischen Ascendenten und Descendenten zusammen; dagegen bei anderen Personen, z. B. Geschwistern und der armen Ehegattin, die Testirfreiheit nur durch die zweite Anforderung des Gesetzes beschränkt ist.

In Ansehung des zuerst gedachten Verhältnisses hat bekanntlich Justinians Nov. 115. eine bedeutende Veränderung des älteren Inofficiositätssystems erzeugt, besonders in so fern nach diesem ein die gesetzlichen Vorschriften verletzendes Testament gänzlich nichtig war, und also seinem ganzen Inhalt nach zu Grunde ging, dagegen nach der Nov. 115. die Verletzung ihrer Vorschriften in Betreff der wechselseitigen Erbeinsetzung der Eltern und Kinder nur die Folge hat, daß den ausgeschlossenen Descendenten oder Ascendenten kein Nachtheil daraus entstehen darf, folglich nur die Erbeinsetzung ungültig wird, an deren Stelle sofort die Intestaterbfolge tritt, dagegen anderweiter Inhalt des Testaments bei Kräften bleibt; legatis videlicet vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus aut *quibuslibet aliis capitulis* *), sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem.

Sowie jede Veränderung in der Gesetzgebung und besonders in einem einzelnen Stück des zusammenhängenden Gewebes Zweifel und Streitfragen unvermeidlich hervorruft, so war dies auch hier

---

*) mithin auch wohl Pupillarsubstitutionen, wie gewiß mit Recht gegen Madihn Princ. jur. Rom. de successionibus § 159. angenommen ist in Glück P. C. Bd. VII. S. 3??., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 485., Francke das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten S. 389. nicht aber Vulgarsubstitutionen bei Kräften bleiben.

in unendlichem Maaße der Fall. Es wurde vorzüglich in Frage gezogen:

a) Gehen Justinians Vorschriften auch auf sui und emancipati, oder sind hier die Grundsätze der Pandecten geblieben?
b) Tritt in allen Fällen, wenn gegen Justinians Bestimmungen gefehlt ist, die in der Nov. 115. bestimmte Folge der Nichtigkeit der Erbeinsetzung ein, so daß Ascendenten und Descendenten niemals auf die alte Inofficiositätsklage, sondern nur auf die s. g. querela nullitatis juris novi zu recurriren hätten (s. g. Nullitätssystem); oder muß man unterscheiden, ob keine gesetzliche Enterbungsursache im Testament angeführt oder die angeführte unwahr ist, und nur im ersten Fall die Nichtigkeitsklage, im anderen Fall aber die qu. inofficiosi testamenti statuiren, doch nur in der Maaße, daß sie blos die Erbeinsetzung umwirft, die Legate und andere Dispositionen aber bei Kräften bleiben? (gemischtes System.)
c) Bewirkt die Nov. 115., wenn gegen sie im Testament gefehlt ist, eigentliche Nullität von Anbeginn, oder nur Rescissibilität?

Da Zweck und Raum hier nicht gestatten, speciell in die zu einer mäßigen Bibliothek angewachsenen Disceptationen der Anhänger des Inofficiositätssystems, des s. g. Nullitätssystems und des gemischten Systems einzugehen, so muß hinsichtlich der reichhaltigen Literatur dieser Materie auf Mühlenbruchs Forts. von Glück P. C. Bd. XXXV. S. 119., Bd. XXXVI., Bd. XXXVII. u. XXXVIII., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 486., insbesondere auf die erschienenen Monographien, als Boock Lehre v. d. Enterbung, vorzüglich Francke das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, Bluntschli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen, Gans Erbrecht Bd. II. S. 92., Hunger das Erbrecht S. 224. verwiesen, und das Ergebniß für die Praxis nur kürzlich angedeutet werden.

Zu a) Ist es nun wohl in Praxi, wie Glück P. C. Bd. VII. S. 326. mit Beziehung auf Gaill, Carpzov u. A. bezeugt, welchen auch die neueren Lehrbücher von Schweppe Bd. V. § 973., v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 498. (156.), Thibaut System § 970. (Ed. 8.), Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVII.

S. 308., Puchta Lehrb. § 493., Höpfner Instit. Comm. § 525. beigefügt werden können, sehr allgemein angenommen, daß Justinian in der Nov. 115. für die Berücksichtigung der Descendenten und Ascendenten in Testamenten ein durchgreifendes, also auch präterirte suos und emancipatos mit umfassendes, sonach alle Descendenten ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt gleich behandelndes Gesetz gegeben hat; s. auch Fuhr im civilist. Archiv Bd. VII. S. 290., Heumann in Linde's Zeitschr. Bd. XVII. S. 161., Seuffert Beiträge S. 138.

Zu b) Das gemischte Inofficiositätssystem scheint, wie Mackeldey Lehrb. § 661. bemerkt, obwohl er selbst sich zu demselben nicht bekennt, in der heutigen Praxis die meisten Anhänger zu zählen; s. auch Puchta Lehrb. d. Pand. § 493. not. m. Vertheidiger des Nullitätssystems*) ist v. Vangerow Pand. Bd. II. § 485., Francke l. c., welcher die Unvereinbarlichkeit der Inofficiositätsklage mit den Bestimmungen der Nov. umfänglich zu zeigen bemüht ist; s. auch Arndts in Weiske's Rechtslex. Bd. VIII. S. 110., Kritz Abhandl. S. 101.

Zu c) Diese Frage scheint zwar auf den ersten Anblick wenig Bedeutung zu haben, denn, mag man nun Nullität oder Rescissibilität annehmen, immer macht doch die s. g. actio nullitatis ex jure novo

*) und zwar ohne die von Einigen ohne genügenden Grund geforderten Ausnahmen; z. B. daß nach Glück P. C. Bd. VII. § 551. Bd. XXXVII. Seite 192. das ältere Recht nach l. 30. C. 3. 28. alsdann noch anzuwenden sey, wenn die sui und emancipati gänzlich übergangen sind; — s. dagegen Francke l. c. S. 364. — oder nach Seuffert Beitr. zu den Lehren d. Erbrechts S. 46. und Zimmern im civil. Archiv Bd. VIII. S. 155. not. 8. die Inofficiositätsklage dann eintreten soll, wenn die Erbschaft für den Notherben durch allzufreigebige Zuwendungen an Andere erschöpft und auf nichts reducirt ist, — denn der Fall der factischen und der stillschweigenden Aufhebung des Notherbenrechts ist sich ja wesentlich gleich, und nimmt daher kein besonderes Rechtsmittel in Anspruch; s. Francke l. c. S. 394., Mühlenbruch zu Glück P. C. Bd. XXXV. S. 320., Bd. XXXVII. S. 364. — und eben so wenig, wenn der Notherbe auf weniger als den Pflichttheil eingesetzt ist, denn da ist nur der suppletorischen Klage Raum gegeben; s. Mühlenbruch l. c. Nur für die successio in querelam hält v. Vangerow l. c. S. 215. und Schweppe röm. Privatr. Bd. V. S. 484. die Inofficiositätsklage noch für nothwendig, weil, wie auch Francke l. c. S. 388. in der Regel annimmt, der Nachfolgende nicht aus der Nov. 115. klagen kann, indem diese sich nur auf den nächsten Pflichttheilsberechtigten beschränkt. A. M. ist hier Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVII. S. 366. in nota. Auch die Meinung mehrerer Praktiker, welche zwar die Nov. auf alle Descendenten ohne Unterschied gehen lassen, aber doch dafür halten, daß die Legate dann nicht erfüllt zu werden brauchten, wenn der Vater aus Irrthum Descendenten präterirte, wird von Francke l. c. S. 365. verworfen.

oder das remedium ex Novella 115. nur die Erbeinsetzung unkräftig, unbeschadet der Legat= und anderer Anordnungen, allein für die weiteren von uns gestellten Fragen erscheint sie denn doch von wesentlichem Einfluß. Wenn man sich nämlich zu dem Nullitätssystem bekennt, so macht es einen großen Unterschied, α) ob man das Testament von Anfang an für nichtig erkennt, oder nur für rescissibel? womit auch die weitere Frage zusammenhängt, β) ob die Nichtigkeit blos von dem Notherben, oder auch von anderen Intestaterben geltend gemacht werden könne?

Zu α) Nimmt man das erste an, nämlich absolute Nullität, so kann durch das nichtige Testament weder ein früheres Testament aufgehoben, noch kann jenes durch veränderte Umstände wirksam werden, dagegen nach der zweiten Ansicht, welche von dem Grundsatz ausgeht, daß die erklärte Absicht der Novelle nur darauf gerichtet sey, Kinder und Eltern gegen lieblose Ausschließung von der Erbschaft zu schützen, was sich doch erst nach den Verhältnissen zur Todeszeit des Erblassers ergeben kann, angenommen werden muß, daß das Testament Wirksamkeit gleichwohl alsdann haben könne, wenn derjenige, dessen Uebergehung dasselbe nichtig machen würde, vor dem Erblasser gestorben ist, oder sonst aufgehört hat, Notherbe zu seyn, oder wenn der übergangene Notherbe nicht klagt, z. B. mit dem ihm ausgesetzten Legat zufrieden ist, gleichwie auch eine bedingte Erbeinsetzung, obgleich sie sonst ungültig ist, doch, wenn sie zur Todeszeit des Erblassers schon purificirt ist, nicht angefochten werden könnte, und der übergangene Notherbe, wenn ihm ein Vermächtniß im Testament ausgesetzt ist, die Wahl hat, entweder das ihm darin Zugedachte, oder das ihm gesetzlich Zustehende gegen den Willen des Testirers zu fordern.

Zu β) Die Vertheidiger der absoluten Nullität, namentlich v. Vangerow l. c. Bd. II. § 485. S. 308., Thibaut System § 970., Brandis in Linde's Zeitschr. Bd. VII. 197., Heumann ebend. Bd. XVII. S. 203. können consequent das Rechtsmittel auch den übrigen Intestaterben, welche keine Notherben sind, nicht versagen, dagegen die Vertheidiger der relativen Nullität es ihnen consequenter Weise nicht gestatten können, sondern an dem Satz festhalten: nur dem verletzten Notherben gebe die Nov. 115. c. 3. u. 4. das Recht, die ungültige Erbeinsetzung des Testators durch die Erklärung, sein gesetzliches Erbrecht behaupten zu wollen, zu beseitigen, und dadurch das Intestaterbrecht herbeizuführen, dagegen es widerwärtig schiene, daß andere Personen berechtigt seyn sollten, wider den Willen des Notherben einen Proceß zu erheben, durch welchen darüber entschieden werden soll, ob derselbe verdienter Weise von der Erbschaft ausgeschlossen sey; s. Arndts im Rechtslex. Bd. VIII.

S. 110., welcher zugleich mehrere aus der conträren Meinung entspringende Mißstände aufzählt, vergl. Puchta Lehrb. d. Pand. § 493. S. 656. Bluntschli Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen rc. § 25., Francke Recht d. Notherben S. 382., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVII. S. 256.

---

§ 1. Ueber die Verbindlichkeit zu instituiren oder rite zu exherediren.

bieten sich uns nach diesen Prämissen folgende Fragen dar:

a) In Ansehung der berechtigten Subjecte.

1) Wie weit erstreckt sich die Nothwendigkeit, auch postumos im Testament zu bedenken?
2) Müssen in Adoption gegebene Kinder von ihrem leiblichen Vater, insbesondere auch die von einem Frauenzimmer adoptirten von diesem bedacht werden?
3) Haben auch die per Rescriptum Principis legitimati Anspruch auf den Pflichttheil?
4) Müssen auch abgefundene Kinder instituirt werden?
5) Findet das Notherbenrecht der Kinder auch dann Statt, wenn Eltern schon bei Lebzeiten an ihre Kinder übergeben haben?
6) Steht auch dem Adoptivvater die Inofficiositätsklage gegen ein Testament seines Adoptivkindes zu?
7) Was ist die Folge, wenn die zunächst zur Inofficiositätsquerel berechtigten Personen sie nicht anstellen wollen oder nicht können, oder sich etwa daran versäumt haben?
8) Durch die Inofficiositätsklage wird bekanntlich nicht immer das ganze Testament rescindirt und dem Querulanten die ganze Erbschaft zu Theil, dies ist nur dann der Fall, wenn der eingesetzte Erbe kein Intestaterbe ist, mithin ohne das Testament gar nichts bekäme. Ist aber der eingesetzte Erbe ein Intestaterbe, so kann der Präterirte das Testament nur bis auf den Belauf der Portion, welche ihm ab intestato gebührt hätte, umstoßen, es tritt nämlich dann die Intestaterbfolge ein, zu welcher noch Mehrere durch das Gesetz berufen seyn können; l. 8. § 5. l. 15. § 2. l. 19. D. 5. 2. Der Querulant kann also nur seine Intestatportion fordern; Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1201. Wenn nun

aber Mehrere zur Querel gegen das Testament berechtigt sind, von welchen Einer oder der Andere nicht queruliren will, accrescirt dann dem Querulanten dessen Intestatportion?

9) Richtet sich die Beurtheilung der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Testaments in Folge der Nov. 115. nach dem Zeitpunkt der Testamentserrichtung oder der Erbschaftsdelation?

Zu 1) Auf alle diejenigen, welche erst nach errichtetem Testament in die unmittelbare Gewalt des Testators kommen, oder gekommen seyn würden, wenn derselbe nicht vorher verstorben wäre, mithin nicht nur auf die eigentlichen postumi oder die nach dem Testament geborenen Kinder, welche unmittelbar durch ihre Geburt in das Suitätsverhältniß eintreten, sondern auch solche, qui postumorum loco sunt, d. i.

a) die nach dem Testamente adoptirten, arrogirten oder legitimirten; § 1. J. 2. 17. — Ulp. XXIII. 3., Gaj. II. 138.

b) diejenigen, welche durch successio in suorum heredum locum Suitätsrechte erlangen, nämlich dadurch, daß der dazwischenstehende parens wegfällt, l. 29. pr. § 1—3. D. 28. 2., und das Kind, welches dadurch postumus suus seines Vaters wird, daß der Großvater wegfällt; l. 28. § 1. D. 28. 2.

Zu 2) Bezüglich dessen, was wir im Band I. S. 706. ff. über das Adoptivverhältniß nur im Allgemeinen bemerkt haben, ist hier insbesondere im Betreff des Notherbenrechts Folgendes beizufügen:

Unstreitig ist es, daß der minus plene adoptatus und der impubes arrogatus nur gegen seine leiblichen Eltern das Notherbenrecht behält, gegen den Adoptivvater aber nur ein Intestaterbrecht, aber kein Pflichttheilsrecht in Anspruch nehmen kann, dagegen der plene adoptatus gegen seinen Adoptivvater volles Pflichttheilsrecht hat; l. 10. C. 8. 48. Dagegen ist bestritten, ob es dem vollkommen Adoptirten noch gegen seinen leiblichen Vater zustehe. Der Grundsatz: daß man nicht Kindesrechte gegen zwei Väter ausüben könne, l. 10. cit., stände jedoch schon seinem Intestaterbrecht gegen den leiblichen Vater entgegen, weshalb ihm auch selbst dieses in so weit nämlich, daß der in Adoption Gegebene seinen leiblichen Vater nicht mehr als Kind beerben kann, abgesprochen wird, s. Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXV. S. 179., wonach um so weniger also von einem Pflichttheilsrecht die Rede seyn kann. Andere nehmen zwar an, durch die Nov. 118., welche das frühere Intestaterbfolge-System abgeändert habe, sey nun auch Adoptirten noch die Succession ab intestato in dem Vermögen ihrer

leiblichen Eltern gewährt,*) und damit falle der Grund hinweg, aus welchem ihnen nach den früheren Gesetzen kein Pflichttheilsrecht habe zugestanden werden können, s. Roßhirt Erbrecht S. 397., allein die Meisten widersprechen theils dem Vordersatz, theils und zwar hauptsächlich der Zulässigkeit der Folgerung, oder, daß von Einräumung des Intestaterbrechts ein gültiger Schluß auf ein Pflichttheilsrecht zu machen sey, und Letzteres ist am gründlichsten ausgeführt in v. Vangerow Pand. Bd. II. § 474. not. 1. in Uebereinstimmung mit Francke das Recht d. Notherben ꝛc. S. 182. und Büchel Streitfragen aus Nov. 118. S. 70., Sintenis pr. Civilr. Bd. III. S. 120. not. 55. Zwischen den Adoptivkindern und den Ascendenten des Adoptivvaters ist in der Regel kein Agnationsverhältniß anzunehmen, vielmehr erlischt das Adoptionsverhältniß mit dem Tod des Adoptivvaters, und kann nicht die Beerbung seiner Ascendenten bewirken; s. Mühlenbruch l. c. S. 181., vergl. Thibaut civilist. Abhandl. S. 303. und Schömann Fragmente aus seinen civilist. und cameralist. Vorlesungen S. 131.

In Ansehung der von einem Frauenzimmer Adoptirten schien zwar, weil eine solche Adoption nicht die Rechte der väterlichen Gewalt und der Suität mit sich bringt, ein Notherbenrecht nicht statuirt werden zu können, wie Glück P. C. Bd. VII. S. 11. not. 44. nach Analogie der adoptio minus plena annahm. Allein die qu. inoff. test. ist als völlig unabhängig vom Suitätsverhältniß von jeher gegen das Testament der Mutter unbedenklich zugelassen worden, l. 5. l. 29. § 1. D. 5. 2. — l. 15. C. 3. 28., und die l. 5. C. 8. 48. spricht auf das Bestimmteste für das Notherbenrecht des Adoptivsohns eines Weibes: eum perinde atque ex te progenitum ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus, und damit stimmt auch l. 29. § 3. D. 5. 2. unter Voraussetzung der landesherrlichen Adoptionsbestätigung überein. Glück hat daher selbst von seiner früheren Negative sich in der Folge mehr zur Affirmative geneigt, l. c. Bd. VII. S. 375., welche ziemlich allgemein angenommen ist; s. Thibaut Versuche Bd. I. S. 339., Mühlenbruch l. c. S. 185., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 285. § 489. (136.), Francke das Recht der Notherben ꝛc. S. 185., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 474. no. 1. vergl. Bd. I. S. 709. Fr. 5. dieses Werks.

Zu 3) Daß die legitimatio per Rescr. Principis den unehelichen Kindern volle Successionsrechte, mithin auch Pflichttheilsrecht gewähre,

---

*) wie bereits oben S. 555. Kap. II. von der Intestaterbfolge § 1. Fr. 7. bemerkt wurde.

wenn keine ehelichen vorhanden sind, unterliegt gar keinem Zweifel, allein für den Fall, wenn eheliche Kinder vorhanden sind, sollen sie nach der Meinung Mehrerer zum Nachtheil jener ein Successionsrecht blos durch landesherrl. Rescript überhaupt nicht erlangen können, weil dergleichen Rescripte nur ohne Verletzung Dritter wirksam seyn können, l. 7. C. 1. 19., Schmidt hinterlassene Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 225., oder nur mit der Beschränkung, daß die ehelichen Kinder durch eine solche Vermehrung der Anzahl der Kinder keinen Schaden an ihrem Pflichttheil leiden dürften; s. Hofacker Princ. jur. civ. § 597. not. e., Höpfner Instit. Comm. § 688., oder daß den ehelich Gebornen der Pflichttheil zum Voraus gebühre, was Glück P. C. Bd. II. § 144. not. 43. für die gemeine Meinung erklärt. Beide Meinungen werden aber von den neueren Rechtsgelehrten verworfen; s. Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXV. S. 163., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 474. no. 1. Da in Nov. 74. c. 1. und 89. c. 9. ausdrücklich verordnet ist, daß nur in dem Fall, wenn keine ehelichen Kinder vorhanden sind, die naturales durch ein Rescript sollen legitimirt werden können, und was gegen Concubinenkinder galt, um so mehr gegen spurios gelten muß, so kommt es nur auf die Frage an: ob h. z. T. Landesherren an die angeführten gesetzlichen Vorschriften gebunden seyen oder nicht? Treffend sagt daher Roßhirt im Erbrecht S. 216.: „entweder ist die Legitimation rechtlich, und dann müssen sich die ehelichen Kinder Alles gefallen lassen, was die Concurrenz der legitimirten mit sich bringt, oder sie ist dies nicht, und dann brauchen sich jene gar nichts gefallen zu lassen." Wir kommen daher auf dasjenige zurück, was im Bd. I. S. 700. Fr. 3. von der Nothwendigkeit einer strengen Auslegung eines Legitimations-Rescripts unter den gegebenen Umständen gesagt wurde.

Zu 4) Die Nov. 115. c. 5. verordnet: *si qui heredes fuerint nominati,* etsi certis rebus jussi fuerint contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus, quicquid iis minus legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges ab heredibus impleri, wonach es immerhin nothwendig scheint, abgefundene Kinder gleichwohl förmlich in ihren Vorempfang als Erben zu ernennen. Ob aber dies nur verbis directis oder auch verbis obliquis auf genügende Weise geschehen könne, darüber s. folgende lit. b. Fr. 2. u. 9.

Zu 5) Es geschieht öfter, daß Eltern bei Lebzeiten ihr Vermögen unter ihre Kinder vertheilen, sich dabei aber noch ein Kapital oder sonstiges Besitzthum zur freien Disposition vorbehalten, worüber sie dann in der Folge auch wirklich zu Gunsten fremder Personen testiren. Stirbt

nun eines jener Kinder und sind von diesem Enkel bei dem Tod des Testirers vorhanden, so sind diese immer geneigt, ein Testament anzufechten, in welchem sie sich aus dem beigefügten Grund, daß ihre Eltern durch Vertrag schon weit mehr als den Pflichttheil erhalten hätten, unberücksichtiget finden. Die Beurtheilung hierüber schlägt aber so sehr in das Gebiet der Erbverträge ein, daß sie nur dort ihren geeigneten Platz finden kann; s. Kap. XIII. A. Fr. 8., B. Fr. 2. u. 6.

Zu 6) Diese Frage ist durchaus controvers. Nach der einen Meinung erbt der Adoptivvater gar nicht. Zwar ist die Ansicht, als könne ein Notherbenrecht für ihn gar nicht erwachsen, weil, so lange der Adoptivsohn in potestate des Adoptivvaters ist, derselbe über nichts weiter als über sein peculium castrense und quasi castrense disponiren könne, welches vom Notherbenrecht ja ausgenommen ist, wenn er aber emancipirt wird, mit der Lösung des verwandtschaftlichen Bandes Intestat- und Notherbenrecht aufhöre, s. Krondal im civilist. Archiv Bd. IV. S. 384. u. Glück Opusc. Fasc. III. pag. 22. etc., bereits als durchaus verworfen anzusehen, weil dieses frühere Privilegium des pec. castrense nach der Nov. 115. c. 4. cf. Nov. 123. c. 19. nicht mehr besteht; dadurch ist aber die Frage noch unentschieden, wem dann ein Notherbenrecht zustehe, wenn der adoptivus in der Adoptivfamilie verstirbt. Es bestehen darüber dreierlei Meinungen: nach der einen wird der Adoptivvater allemal durch den leiblichen Vater ausgeschlossen, s. Lehr in Hagemann und Günther Archiv f. d. theor. und prakt. Rechtsgelehrten Bd. V. S. 194.; nach der zweiten concurriren beide Väter, s. Roßhirt Erbrecht S. 320., Francke Recht d. Notherben S. 188., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 474. S. 259., Büchel civilrechtl. Erörterungen Bd. II. Abth. II. S. 76. ꝛc., Puchta Lehrb. d. Pand. § 481. not. 4.; nach einer dritten soll der Adoptivvater allein mit Ausschluß des leiblichen Vaters erben und nur die leibliche Mutter mit jenem concurriren; Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXV. S. 226. ꝛc. Der letzteren Meinung steht aber besonders l. 30. pr. D. 5. 2. entgegen, woran l. 10. C. 8. 48. nichts geändert hat, was also um so mehr nach Nov. 118. angenommen werden muß. Die mittlere Meinung hat daher, wie selbst Mühlenbruch l. c. S. 225. not. 9. anerkennt, die meisten Anhänger gefunden.

Zu 7) In so fern nicht ein Transmissionsrecht auf die Erben des Präterirten eintritt (vergl. den folgenden § 3. Fr. 2.) rücken sodann die nächstfolgenden Pflichttheilsberechtigten nach, und zwar nach der Ordnung der Intestaterbfolge, also nach den Descendenten die Ascenden-

ten und Geschwister*) (letztere nämlich, wenn ihnen eine persona turpis vorgezogen wird), jedoch nur die vollbürtigen und erst nach ihnen die Halbgeschwister von väterlicher Seite, weil Letzteren kein Intestaterbrecht zusteht, wenn leibliche Geschwister vorhanden sind. Weiter aber geht die successio in querelam nicht, also auch nicht auf Geschwisterkinder; l. 14. l. 31. pr. D. 5. 2.

In so fern wir im Eingang dieses Kapitels angenommen haben, daß seit der Nov. 115. Descendenten und Ascendenten die Inofficiositätsquerel nicht zu gebrauchen haben, möchte die aufgeworfene Frage wohl überflüssig scheinen, und eben so eine mit ihr verwandte besonders schwierige Frage: ob bei der successio in querelam nur successio ordinis oder auch eine successio graduum eintrete. Der Sinn dieser Frage ist nämlich: wenn in derselben Classe (ordo) mehrere Personen verschiedenen Grades vorhanden sind, und der nächste Notherbe, der zur Querel berechtigt ist, nicht klagen will oder kann, ist nur die im nämlichen ordo im Grad folgende Person, z. B. statt des Sohnes der Enkel zuzulassen, oder tritt nun sogleich der folgende ordo der Ascendenten ein? Für Letzteres, oder für die successio ordinum scheint l. 9. § 2. D. 28. 2. — l. 6. pr. D. 28. 3. zu entscheiden, und auch aus l. 34. C. 3. 28. — l. 10. § 4. C. 8. 48. scheint dies zu folgen, wie sich denn auch die gemeine Meinung früher dafür ausgesprochen hat; allein die Neueren neigen sich mehr zur entgegengesetzten Meinung, indem sie die entgegenstehenden Gesetzstellen aus dem früheren Recht erklären, nach welchem es noch keine successio graduum in der Classe unde liberi gegeben habe, da diese aber durch Nov. 118. eingeführt sey, so müßten die neueren Grundsätze über graduum successio in der Intestaterbfolge auch auf die successio in querelam angewendet werden; Francke Recht d. Notherben S. 281. ꝛc., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXV. S. 475—480., Schweppe röm. Privatr. Th. V. S. 469. not. 3., v. Vangerow l. c. § 480. not. 2., welcher dieser Frage aus dem Grund eine praktische Bedeutung einräumt, weil obenbemerktermaßen die Zulässigkeit der Inofficiositätsquerel für Ascendenten und Descendenten gerade in dem Fall der successio in querelam ausnahmsweise angenommen werden müsse.

---

*) Daß Geschwister erst nach den Ascendenten in die Querel succediren könnten, wie Glück P. C. Bd. VII. S. 376. annahm, hat die gemeine Meinung gegen sich; s. Mühlenbruch das. Bd. XXXV. S. 232. u. 480., Braun Erörter. zu Thibaut § 810. S. 742. mit Beziehung auf Donell, Vinnius und Noodt.

Zu 8) Diese Frage muß allerdings für den Fall bejahet werden, wenn der andere im Testament Ausgeschlossene repudiirt oder renunciirt, l. 16. pr. l. 17. pr. l. 23. § 2. D. 5. 2., womit dann auch der Fall gleich gilt, wenn er sein Klagrecht verjähren läßt, s. v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 494. (149.), Glück l. c. Bd. VII. S. 432.; wenn aber mehrere Rechtsgelehrte, wie Thibaut System des P. R. § 969. B. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim l. c. u. A. m., indem sie dem Querulanten das Accrescenzrecht überhaupt dann zugestehen, wenn die anderen Pflichttheilsberechtigten entweder nicht queruliren wollen oder nicht können, auch den Fall hineinziehen, wenn einer derselben ex justa causa enterbt ist, so ist dazu nirgend ein gesetzlicher Grund vorhanden, vielmehr muß dieser Theil dem eingesetzten Erben verbleiben, l. 15. § 2. l. 24. D. 5. 2. — l. 27. C. 3. 28., Glück P. E. Bd. VII. S. 437., Mühlenbruch l. c. S. 405., Francke Recht d. Notherben S. 257., Baumeister das Anwachsungsrecht S. 148., und consequent muß dies auch mit v. Vangerow l. c. § 480. not. 1. und Mühlenbruch l. c. S. 411. gegen Glück l. c. S. 436. dann angenommen werden, wenn der andere Notherbe mit seiner Querel gegen den Testamentserben unterlegen ist.

Zu 9) Uebereinstimmend erklären sich Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVII. S. 256. und Bd. XXXIX. S. 33., Francke l. c. S. 383. für die Todeszeit des Testirers nach Geist und Zweck der Nov. 115. Der Zweck fällt nämlich offenbar weg, wo keine parentes vel filii vorhanden sind, quos a testamentorum injuria liberos reddamus. Dagegen dissentirt neuerlich in einer umfassenden Abhandlung Heumann in Linde's Zeitschrift Bd. XVII. S. 170., wozu ihn als Verfechter des absoluten Nullitäts-Systems strenge Consequenz leitet, s. jedoch das in der Einleitung dieses Kap. IV. S. 741. zu lit. c. Gesagte.

---

b) In Ansehung der besondern Erfordernisse und rechtlichen Folgen.

1) Notherben müssen, wie man insgemein statuirt, titulo institutionis honorabili zu Erben ernannt werden; genügt es demnach, wenn es im Testament heißt: ich hinterlasse oder ich vermache meinem Sohn den Pflichttheil?

2) Wenn Kinder blos auf ihren Vorempfang hingewiesen sind, z. B. wenn der Testator sagt: „weil meine erstehelichen Kinder bereits ihre väterliche und mütterliche Erbschaft

erhalten haben, so setze ich meine Kinder zweiter Ehe zu Erben ein," sind da nicht die erstehelichen Kinder für präterirt zu achten?

3) Kann die Enterbung auch unter einer Bedingung geschehen?
4) Wenn ein Notherbe nur auf ein Gewisses eingesetzt ist, s. Nov. 115. cap. 5., so hat er bekanntlich kein weiteres Klagrecht, als auf Ergänzung, im Fall die Zuwendung weniger als der Pflichttheil beträgt; wenn nun der in re vel summa certa eingesetzte Notherbe sich verletzt glaubt, ist er dann auf Naturaltheilung und Versteigerung des Nachlasses zu bringen berechtigt?
5) Ist der in re certa eingesetzte Notherbe, welcher die actio ad supplendam legitimam mit Erfolg angestellt hat, dadurch Erbe geworden und somit auch des Accrescenzrechts theilhaftig?
6) Wird eine gesetzliche Enterbungsursache durch eine erfolgte Versöhnung aufgehoben?
7) Wird ein Testament, in welchem Kinder präterirt, oder ohne eine wirkliche und ausdrücklich angeführte gesetzliche Enterbungsursache exheredirt wurden, durch die Codicillarclausel gegen die Nichtigkeit geschützt?
8) Genügt die bloße Erbeinsetzung ohne Anweisung eines Theils oder Gegenstandes des Vermögens?
9) Ist das Kind für präterirt, mithin das Testament für ungültig zu halten, wenn eine schwangere Mutter also testirt: „wenn ich nach meinem zu gebährenden Kinde sterben sollte, so will ich meinen Vater zum Pflichttheil, in mein übriges Vermögen aber meinen Ehemann zum Erben eingesetzt haben?"

Zu 1) Die älteren Rechtslehrer hielten streng darauf, daß die bloße Hinterlassung des Pflichttheils, wenn nicht die Erbeinsetzung damit verbunden wurde, nicht genüge, vielmehr ein solches Testament nichtig sey; Stryck de cautel. testam. Cap. XVI. §. 11. Auch erklärt es Justinian in der Nov. 115. c. 3. pr. nicht für genügend, si (parentes) per quamlibet donationem vel legatum vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederint legibus debitam portionem.

Die Neueren aber sehen in Gemäßheit der l. 15. C. 6. 23. häufig nicht so viel auf die Worte, als auf die Absicht, da die Gesetze wollen,

daß der Wille des Testirers nicht unerfüllt bleibe, wenn er nur den Gesetzen nicht zuwider ist; Becker Rechtsfälle Bd. IV. S. 213., daher auch der Ausdruck „vermachen" nicht schadet, und wohl auch, wenn es im Testament heißt: „meine Tochter soll 150 Thlr. aus meiner Erbschaft haben" für gleich bedeutend mit der Formel: „meine Tochter setze ich auf die Summe von 150 Thlr. zur Erbin ein" angenommen wird, s. Madihn Miscellen Bd. I. S. 117., die allegirte Vorschrift der Novelle muß aber dann selbst nach diesen milderen Grundsätzen in volle Wirkung treten, wenn nicht nur in den Worten ein Zweifel, sondern im wesentlichen Inhalt des Testaments ein Hinderniß liegt, den mit dem Pflichttheil Bedachten als einen Erben anzusehen; z. B. wenn ein extraneus zum alleinigen oder Universalerben ernannt ist, oder wenn der Testator sagte: den A. und B. setze ich zu meinen Erben ein, meinem Sohn vermache ich den Pflichttheil, mithin das Wort vermachen gerade in Gegensatz zum Erben stellte; denn in diesen Fällen könnte der Sohn nur als Legatar angesehen werden, was nicht die Rechtsnachtheile der Präterition abzuwenden vermag; Madihn l. c., Glück P. C. Bd. VII. S. 113., Bd. XXXV. S. 317., Bd. XXXVI. S. 350., Bd. XXXVII. S. 192., Höpfner Instit. Comm. § 473. Desgleichen, wenn aus einem Testament, welches die Quoten der Erbschaft schon durch die Erbeinsetzungen erschöpft hat, erhellt, daß dem Notherben sein Pflichttheil von den Erben nur ausgezahlt werden sollte, so ist demselben nur ein Vermächtniß hinterlassen, folglich die Erbeinsetzung nichtig; s. Francke d. Recht der Notherben § 31.

Ebenso könnte es auch nicht als gültige Erbeinsetzung, sondern nur als ein Legat nach l 13. C. 6. 24. betrachtet werden, wenn der Testator sagte: Titius soll mit der und der Sache statt der Erbeinsetzung zufrieden seyn; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 449. not. 2.

Zu 2) Obgleich Manche auch eine solche Disposition nicht gelten lassen wollen, weil sie einer Erbeinsetzung der erstehelichen Kinder gerade entgegen verlaute, die Nov. 115. c. 5. aber nur sage: „*si qui heredes fuerint nominati*, etsi certis rebus jussi fuerint contenti, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus etc., s. Struben rechtl. Bed. Bd. III. S. 95., so ist doch nach den Bemerkungen zur vor. Fr. 4. S. 746. wohl die Meinung vorzuziehen: daß eine solche Anordnung unter der Voraussetzung gültig sey, daß das, worauf die erstehelichen Kinder verwiesen sind, zu den Objecten gehört, welche in den Pflichttheil einzurechnen sind, und daß sie es wirklich erhalten haben, denn dann sind sie ja wirklich Erben geworden, und können, wenn damit ihr Pflichttheil nicht erschöpft ist, nur die suppletorische Klage anstellen.

Besonders kommt nach deutschen Rechten in Betracht, daß bei Bauersleuten die Mitgift der ausgeheiratheten Kinder gewöhnlich ein anticipirtes Erbtheil ausmacht; Struben rechtl. Bedenken Bd. III. S. 97., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXV. S. 321., Höpfner Instit. Comm. § 473. not. 11. a. E. Noch weiter geht Leyser Sp. 356. Med. 9. ut pater eo ipso, quod liberos a se vivo acceptis contentos esse jubet, eos heredes instituat.

Zu 3) Das Notherbenrecht leidet weder eine bedingte Einsetzung, noch eine bedingte Enterbung*); l. 3. § 1—4. D. 28. 2. — § 12. J. 3. 1. — l. 18. D. 37. 4. — l. 15. D. 28. 5.

Gegen die Folgen der Präterition schützt es aber, wenn der bedingt Eingesetzte auf den entgegengesetzten Fall enterbt ist. Bei einer reinen Potestativbedingung ist dies nicht nöthig. Auch kann eine conditio in praesens vel praeteritum relata nicht hierher gerechnet werden, da sie gar nicht vim, sondern nur figuram conditionis hat.

Bei der Einsetzung eines postumi schadet die im Allgemeinen auch da unzulässige Beifügung einer Bedingung alsdann nicht, wenn sie schon vor seiner Geburt verwirklicht worden ist; l. 22. l. 24. D. 28. 2.

Uebrigens muß hier auf die doctrinellen Erörterungen dieser durch die Verschiedenheit des ältern und neuern Rechts schwierig gewordenen Materie verwiesen werden; Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVI. S. 173—299. 388., Bd. XXXVII. S. 214., Francke Recht der Notherben S. 385. u. 401., Buchholz über bedingte Enterbung und Einsetzung der Kinder in Linde's Zeitschrift Bd. XIII. S. 322. Heumann über das neueste Notherbenrecht ebend. Bd. XVII. S. 161., insbesondere auch über den Fall, wenn ein Notherbe nicht zum ersten directen Erben ernannt, sondern nur den im ersten Grad eingesetzten Erben vulgariter substituirt ist; ebend. S. 239., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 484. S. 302.

Zu 4) Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind zwar über diese, sowie über die folgende damit zusammenhängende Frage nicht durchaus einig, doch kann wohl unzweifelhaft angenommen werden, daß einem solchen in re certa eingesetzten Notherben das judicium familiae erciscundae zugestanden werden müsse, daraus aber noch nicht folge, daß er die Versteigerung der Nachlaßgegenstände verlangen könne, zu welcher

---

*) Für gültig hält Francke l. c. S. 401. die bedingte Enterbung, wenn die Bedingung beim Tode des Erblassers bereits eingetreten war, was dem von ihm angenommenen Princip der Rescissibilität gemäß ist, vergl. die Einl. dieses Kap. IV. S. 741. lit. c.

ja selbst der Theilungsrichter nur dann schreiten darf, wenn eine andere zweckmäßige Theilungsart nicht möglich ist, § 4. J. 4. 17. — l. 22. § 1. l. 25. § 20. D. 10. 2., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. V. § 511. (178.) § 516. (199.), also gewiß nicht da, wo der Testirer selbst schon über die Zutheilung verfügt hat; aber gewiß kann er die Inventarisation und Schätzung des gesammten Nachlasses fordern, und kann es auch ohne gleichzeitige Anstellung der act. suppletoria, sofern nur in der Klage ausdrücklich auf die Eigenschaft als Pflichttheilsberechtigter Bezug genommen wird, s. Erk. d. O. A. Ger. in Celle in Seuffert Archiv Bd. V. S. 41. und d. O. A. Ger. in Cassel ebend. Bd. VII. S. 247. Nach Maßgabe der Schätzung wird ihm dann die res certa zwar auf seinen Pflichttheil nach dem Schätzungswerth angewiesen, das Fehlende aber aus der übrigen Masse ergänzt. Zwar wird ihm von Mehreren selbst das Recht, auf Versteigerung der Nachlaßgegenstände anzutragen, eingeräumt; s. Berger Oec. jur. Lib. II. Tit. IV. th. 15. no. 9., Wernher sel. Obs. for. T. I. P. I. Obs. 185., Gmelin und Elsässer jurist. Beobacht. und Rechtsfälle Bd. IV. no. 16. S. 229., indem sie ihre Meinung darauf gründen, daß der Pflichttheil auf die ganze Substanz der sämmtlichen hinterlassenen Güter wirke, und in einem Antheil an den sämmtlichen Erbschaftsstücken nach Verhältniß des Pflichttheils bestehe. Dieser auch von Glück P. C. Bd. VII. S. 117. vertheidigten Meinung tritt jedoch Mühlenbruch in der Forts. Bd. XXXV. S. 328. entgegen, weil dadurch indirect dem Willen des Testators entgegengehandelt würde, während die Nov. 115. c. 5. sagt: hoc casu nullatenus testamentum solvi praecipimus, und weder in gedachter Nov. noch sonst irgendwo die Voraussetzung sich gerechtfertigt finde, daß der Pflichttheil nicht blos der Größe und dem Werthe nach, sondern auch den Objecten nach schlechterdings als Quote der gesammten Erbschaft betrachtet werden müsse, was um so weniger anzunehmen sey, als der Pflichttheil gar nicht titulo heredis institutionis hinterlassen zu werden braucht. Uebereinstimmend hiermit sind v. Langenn u. Kori Erörter. Th. I. no. 4. et aut. ibi alleg., v. Hartitzsch Entscheid. no. 312., Francke Notherbenrecht S. 93., Emminghaus Sächs. Pand. S. 695. no. 7. u. 9.

Zu 5) Es ist überhaupt, wie oben S. 667. Kap. III. § 6. Fr. 4. bemerkt wurde, streitig, ob ein in re certa eingesetzter Erbe als Erbe betrachtet werden könne?

Wenn nun aber demselben nach den angesehensten Rechtsautoritäten die Erbenqualität, wenn sie sich gleich diesfalls als beschränkt darstellt, wenigstens nicht in allen Fällen abgesprochen werden kann, so muß dieses

natürlich auch von dem in re certa eingesetzten Notherben gelten, welcher sich in dem Fall befunden hat, ad supplendam legitimam zu klagen. Zwar hält Madihn Miscellen Bd. I. S. 141. dafür, wer actionem suppletoriam anstellt, werde nicht Erbe, und könne kein jus accrescendi etc. verlangen, denn er wolle ja nicht aus dem Testament, sondern als gesetzlicher Erbe erwerben; allein da die suppletorische Klage das Testament und also auch die testamentarische Erbschaft nicht aufhebt, so scheint dieses Raisonnement nicht genug begründet.

Zu 6) Die Meinungen der Rechtslehrer hierüber sind sehr getheilt. Einige behaupten, eine factisch vorhandene Enterbungsursache könne blos durch nachfolgende Verzeihung und Versöhnung niemals unwirksam gemacht, das daraus entstandene Recht der Enterbung also nicht aufgehoben werden, s. Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 70., v. Wening=Ingenheim Bd. III. § 492. (142.), Hellfeld § 1424., Leyser Sp. 357. Med. 8. Das gerade Gegentheil behauptet Thibaut System § 965. (Ed. 8.) „Hat der Erblasser vor oder nach dem Testamente dem Notherben sein Vergehen förmlich verziehen, so findet nun deshalb keine weitere Ausschließung Statt," und eben so unbedingt betrachtet eine Enterbungsursache durch erfolgte Aussöhnung als aufgehoben Mackeldey Lehrb. § 660., Glück P. C. Bd. VII. S. 217.

Andere beschränken die Wirksamkeit der Verzeihung überhaupt auf solche Enterbungsgründe, welche unmittelbar aus einer Beleidigung entspringen, s. Mühlenbruch in Glück P. C. Bd XXXVII. S. 185., denn die anderen Indignitätsgründe können ja nur objectiv betrachtet werden, und wirken an sich, ohne Rücksicht auf subjective Empfindlichkeit. Die Meisten unterscheiden dann weiter, ob die Verzeihung vor der Errichtung des Testaments oder nach derselben stattgefunden habe, indem sie wohl im ersten Fall die Enterbung nicht für zulässig halten, weil der Enterbungsgrund zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden gewesen seyn müßte, um zur Enterbung zu berechtigen, s. Höpfner Instit. Comm. § 478. not. 77., Gebr Overbeck Bd. II. S. 256., v. Vangerow l. c. § 484. S. 301.; dagegen sie im zweiten Fall die bereits im Testament ausgesprochene Enterbung nicht durch die Versöhnung als vernichtet erachten, s. Mühlenbruch l. c., v. Vangerow l. c. Wieder Andere, z. B. Francke im Notherbenrecht S. 414. nehmen aber auch in diesem Fall den Enterbungsgrund als aufgehoben an.

Valett Notherbenrecht § 33. will darauf gesehen wissen, ob die Verzeihung nach dem Willen des Verzeihenden auch die Wirkung haben sollte, daß auch die verfügte Enterbung ungültig sey oder nicht,

und dieser Meinung scheint Bluntschli in der Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen S. 233. beizustimmen, indem er alles nach der Individualität des einzelnen Falles bestimmt wissen, mithin die Entscheidung dem freien richterlichen Ermessen überlassen will. Das O. A. Ger. in Celle entschied jedoch in einem Falle, welchem blos der Enterbungsgrund wegen begangener Injurien zum Grund lag: „die Verzeihung einer Injurie, welche zur Enterbung berechtigen würde, kommt nur dann in Betracht, wenn sie vor Errichtung des Testaments eingetreten ist; die Verzeihung muß eine vollständige seyn; der Zusage, eine Enterbung wegen der erlittenen Injurie nicht vornehmen zu wollen, bedarf es indessen nicht;" s. Seuffert Archiv Bd. V. S. 41.

Die erste von Marezoll l. c. sehr überzeugend ausgeführte Meinung scheint am meisten Beifall zu verdienen, und zwar für beide Fälle, denn

a) war die Verzeihung schon vor der durch das Testament verfügten Enterbung geschehen, so kann man um deswillen gleichwohl nicht behaupten, daß der Enterbungsgrund dann schon zu existiren aufgehört habe, als das Testament errichtet wurde, denn factum infectum fieri nequit und das elterliche Dispositionsrecht auf den Todesfall ist etwas anderes, als die aus der Injurie entspringenden Rechtsmittel, und ist nicht blos subjectiv, wie die Injurienklagen, sondern vielfach objectiv begründet. Die subjective Wirksamkeit der Injurie wird zwar allerdings durch Aussöhnung, und sogar schon durch einjährige Verjährung aufgehoben. Gälte ein Schluß von dieser auf das Recht der Enterbung, so müßte man, um consequent zu seyn, auch behaupten, daß die Injurie nach Ablauf eines Jahres auch ohne ausdrückliche Verzeihung außer alle Berücksichtigung falle, was doch Niemand in Beziehung auf das Recht der Enterbung behauptet. Aussöhnung der Gemüther kann als religiöse und moralische Pflicht erfüllt werden, ohne die Vermögensrechte zu berühren, denn kein Gesetz erstreckt hierauf die Wirkung der Aussöhnung, und kann es um so weniger, als die Enterbung eines unwürdigen Kindes oft selbst durch die väterlichen Pflichten gegen die würdigen Kinder, welchen durch die Schlechtigkeit jenes vielleicht schon beträchtlicher Schade an ihrem künftigen väterlichen Erbtheil erwachsen ist, geboten seyn kann.

Das Recht zur Ausschließung beruht auf dem schlechten Betragen des Pflichttheilsberechtigten, und nicht auf dem dadurch erregten Zorn des Testirers. Dieser braucht also auch nicht bis zur Todesstunde in Zorn und Unfrieden zu verharren, um sein

Enterbungsrecht zu salviren; **Hommel** Rhaps. Vol. II. Obs. 389. Die Meinung der Gegner kann daher auch nicht mit der Nov. 115. bestehen, denn nach dieser hängt die Gültigkeit der Enterbung blos davon ab, ob nach des Testirers Tod die eingesetzten Erben die Existenz und Wahrheit des im Testament speciell genannten Enterbungsgrundes zu beweisen im Stande sind. Viel Gewicht ist aber auch in dieser Beziehung auf die l. 23. D. 28. 2. zu legen: filio, quem pater post emancipationem a se factam adrogavit, *exheredationem antea scriptam nocere*, dixi; denn, wenn gleich diese Gesetzstelle zunächst nur auf die auch in l. 8. § 7. D. 37. 4. ausgesprochene Ansicht zielt, daß durch die Arrogation das natürliche Band wieder hergestellt werde, mithin auch das ursprüngliche Rechtsverhältniß in Betracht komme, demnach ein solcher arrogatus nicht wie ein extraneus post arrogationem factam das Testament rumpire, **Glück** P. C. Bd. VII. S. 219., so ist doch auch damit bestätigt, daß selbst die eminenteste Art des Wohlwollens oder der Verzeihung, welche man in der Arrogation erkennen muß, die frühere Exheredation nicht unwirksam macht.

b) Ist die Verzeihung nach der im Testament ausgesprochenen Enterbung geschehen, so ist schon der einzige Grund für die von uns angenommene Meinung absolut entscheidend, daß ein Testament nicht nuda voluntate abgeändert werden kann, daher die bloße Sinnesänderung ohne allen Einfluß ist. Es ist hier ganz anders als bei Vermächtnissen, welche allerdings nuda voluntate, sogar ex voluntate praesumta ob inimicitias capitales vel gravissimas aufgehoben werden, gegen diese rechtliche Vermuthung muß dann freilich der erfolgten Reconciliation die gleiche Kraft einer entgegengesetzten rechtlichen Vermuthung zugeschrieben werden; l. 4. D. 34. 4. cfr. l. 9. pr. D. 34. 9. — l. 22. D. 34. 4. Eine förmliche feierliche Enterbung aber kann so wenig als eine Erbeinsetzung in das rechtliche Gebiet der Vermuthungen gezogen werden.

Zu 7) Die Beantwortung dieser Frage wird im Kap. X. § 4. Fr. 2. von der Codicillarclausel den geeigneten Platz finden.

Zu 8) Die Bejahung dieser Frage erachtet jedem Zweifel, welcher etwa aus älteren Gesetzen, s. l. 30. § 1. C. 3. 28. — § 3. J. 2. 8., herbeigezogen werden möchte, durch die Nov. 115. entrückt v. **Bülow** Abhandlungen Th. I. S. 245. Allein mit Recht bemerkt dagegen **Francke** l. c., was hätte dann der auf solche derisorische Weise Eingesetzte, z. B. wenn der Testirer, nachdem er sein Vermögen schon ver-

theilt hat, ihn auf das Uebrige einsetzte, oder auf etwas, was Jenem schon eigen gehört, für ein Rechtsmittel? Eine Klage auf den Pflichttheil gibt es nicht, sondern nur ad supplendam legitimam, und diese schlüge hier nicht an. Richtiger scheint also die einfache Ansicht zu seyn, daß eine Erbernennung auf nichts ebenfalls nichts ist; cf. l. 17. § 3. D. 28. 5.

Zu 9) Ex benigna interpretatione, s. l. 12. l. 24. D. 34. 5. — l. 13. D. 28. 2., ist die zu Gunsten des Vaters und des Ehemanns getroffene Disposition der testatrix auf den Fall zu verstehen, wenn ihr zu erwartendes Kind, als ihr nächster Erbe durch dessen früheren Tod hinwegfallen würde. Das Kind war also ein in conditione positus. Angesehene Rechtsgelehrte sind desfalls der Meinung: quoties apparet, testatorem dispositioni suae conditionem adposuisse, nulla alia commotum ratione, quam favore liberorum, quos in conditione posuit, ut scilicet hos ei praeferret, quem in conditionali dispositione nominavit, toties liberi positi in conditione sunt quoque in dispositione, non quidem expresse, sed tamen tacite comprehensi, et quidem per modum institutionis primae, cum contra is, qui positus est in conditionali dispositione expressa, vulgariter substitutus sit; Heisler D. de liberis positis in conditione, comprehensis etiam in dispositione. Cap. I. § 15., Cap. II. § 23., Schmidt hinterlassene Abhandl. Th. II. no. 58. Dem ist nun zwar l. 16. D. 28. 6. durchaus entgegen: Si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi heredem instituat, *si vivo se* filius decedat: potest dici, non rumpi superius testamentum, quia *secundum non valet, in quo filius praeteritus sit.* Schon oben aber (Kap. III. § 6. Fr. 2. S. 666.), wo wir der herrschenden Meinung erwähnten, daß eine Erbeinsetzung absolut verbis dispositivis geschehen müsse, und eine solche institutio heredis tacita des in conditione positi nicht dafür gelten könne, haben wir auf eine Stelle des Codex aufmerksam gemacht, welche einer freieren Gedankenbewegung Raum gibt, und einen Willensausdruck nicht einer Redeform aufopfert: si modo liquebit voluntatis intentio; l. 15. C. 6. 23. Der vorliegende Fall, welcher in Geiger u. Glücks merkw. Rechtsfällen Bd. III. S. 1. zur Beurtheilung kam, war besonders geeignet, auch deren Verfasser zu der Ansicht hinzulenken, welche v. Vangerow l. c. § 449. not. 1. dahin ausspricht, daß h. z. T. nicht nach einer gleichsam stereotypen Redeform, sondern nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles zu entscheiden sey, ob man in einer solchen Disposition eine Erbeinsetzung annehmen dürfe oder nicht.*) Eine Mutter, in den

*) Francke Recht der Notherben S. 398. bemerkt: auf die Ent-

Geburtsschmerzen, von der ihr und ihrem Kind nahenden Todesgefahr bedroht, verordnet: „wenn ich in den gegenwärtigen Umständen und zwar nach meinem zu gebärenden Kinde sterben würde, so sollen mein Vater und mein Ehemann meine Erben seyn." Wer möchte hier annehmen, diese Mutter habe ihr Kind vergessen können, präteriren wollen, blos weil sie sich einer abgekürzten Redeform bediente? Liegt nicht deutlich der Gedanke zum Grund: mein Kind erkenne ich als meinen natürlichen Erben, wenn es aber vor mir stürbe rc.? Zwar läßt sich nichts dagegen einwenden, wenn Puchta Lehrb. § 466. not. 1. sagt: eine eigentliche stillschweigende Erbeinsetzung sey überhaupt nicht möglich; aber es wird sich auch die Möglichkeit, daß ein Gedanke in oratione obliqua deutlich genug ausgedrückt seyn könne, nicht durchaus und in allen Fällen läugnen lassen. Die letzten Willensäußerungen eines Sterbenden will das Gesetz nicht so strenge abgewogen wissen; nec necessaria sunt momenta verborum, quae forte seminecis vel balbutiens lingua profudit; l. 15. C. 6. 23. Der erzählte Fall gestaltete sich noch folgendermaßen: Die Testirerin starb wenige Stunden nach der Errichtung ihres Testaments, nachdem das Kind zuvor stückweise von ihr war genommen worden. Ihr Vater focht nun das Testament als nichtig an, weil die Präterition ihres Kindes die Nichtigkeit desselben zur Folge habe. Dieser Anfechtung konnte aber aus folgenden Gründen nicht stattgegeben werden. Wenn postumi, die zur Zeit des errichteten Testaments noch nicht geboren waren, von der Mutter und mütterlichen Ascendenten übergangen worden sind, so ist darum das Testament nicht ruptum, sondern dagegen die querela inofficiosi anzustellen, § 7. J. 2. 13. — l. 6. pr. l. 27. § ult. D. 5. 2. — l. 3. C. 3. 28., welche aber der Vater der testatrix nicht anstellen konnte, weil er im Pflichttheil eingesetzt war. Auch könnte ein Testament durch einen übergangenen nasciturus nur dann rumpirt werden, wenn dieser lebend geboren worden wäre, was hier nicht der Fall war; l. 3. C. 6. 29. — l. 129. D. 50. 16.

---

§ 2. Von den Enterbungsursachen und der Enterbung in guter Absicht.

Indem in Ansehung der gesetzlichen Enterbungsursachen im Allgemeinen auf deren vollständige Aufzählung in der Nov. 115.

---

erbung der Nov. 115. können die mehreren subtilen Beschränkungen der Exheredationen, z. B. daß man nicht sagen dürfte: A. soll Erbe seyn, und wenn er es wird, soll mein Sohn enterbt seyn" und dergl. nicht angewendet werden, weil sie blos deswegen ersonnen sind, um die willkührlichen und deshalb gehässigen Enterbungen des älteren Rechts möglichst zu beschränken.

füglich verwiesen werden kann,*) dürften nur folgende Fragen sich zu einer näheren Betrachtung eignen:

1) Ist in Ansehung der in der Novelle ausdrücklich angeführten Enterbungsursachen auch Analogie zulässig?
2) Ist es eine gültige Enterbungsursache, wenn eine Tochter sich wider den Willen ihrer Eltern verehelicht? — oder
3) wenn sie sich einer ausschweifenden Lebensart überläßt?
4) Ist eine gegen eines der Eltern begangene schwere Beleidigung auch für den andern parens eine gültige Enterbungsursache? ist insbesondere der Vater berechtiget, den Sohn zu enterben, wenn dieser die Stiefmutter injuriirt hat?
5) Wenn Undankbarkeit als Grund zur Ausschließung eines Pflichttheilsberechtigten angegeben wird, muß da auch die causa ingratitudinis speciell angeführt werden?
6) Ist auch bei der exheredatione bona mente facta die Anführung einer Ursache nöthig? worin kann eine gültige Ursache bestehen? und wen trifft die Beweislast?
7) Ist auch bei Enterbung der Geschwister die Anführung einer Ursache nöthig?
8) Ist die Inofficiositätsklage der Geschwister gegen ein Testament, worin eine persona turpis eingesetzt ist, auch dann anwendbar, wenn der Testator ein von ihm außerehelich geschwächtes Mädchen oder sein uneheliches Kind zum Erben eingesetzt hat?
9) Erstreckt sich die gesetzliche Berücksichtigung der Geschwister außer den vollbürtigen und Halbgeschwistern vom Vater her auch auf uterinos? ingleichen auch auf Geschwisterkinder?
10) Unter den 8 gesetzlichen Ursachen, aus welchen Kindern in der Nov. 115. gestattet ist, ihre Eltern zu enterben, befindet sich auch diese: si pater nurui suae aut concubinae filii sui sese immiscuerit; es fragt sich aber, ob auch h. z. T. das anwendbar sey, was von der Concubine des Sohnes gesagt ist?
11) Ist der Enterbungsgrund: si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus, in quibus habent testandi licentiam nur auf die suos beschränkt zu verstehen?

*) Vergl. v. Buchholz jurist. Abhandl. S. 128., Francke Recht d. Notherben ꝛc. S. 404. Ueber den Einfluß erfolgter Verzeihung s. oben S. 754. Kap. IV. § 1. lit. b. Fr. 6.

12) Nach dem älteren Recht konnten die noch in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder, wenn sie über ihr peculium castrense und quasi castrense testirten, ihre Eltern nach Belieben übergehen, l. ult. C. 3. 28. — l. ult. C. 6. 22., es fragt sich aber, ob dies nicht durch die Nov. 115. c. 4. als aufgehoben anzusehen ist?

Zu 1) Die Worte der Novelle: ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur, haben viele Rechtslehrer bestimmt, bei dem Enterbungsrecht zwischen Ascendenten und Descendenten (denn in Ansehung der Geschwister ist unbestritten die Beurtheilung dem Richter überlassen, s. Glück P. C. Bd. VII. S. 268.) sich gegen jede logische Ausdehnung zu erklären*), s. die Lehrbücher von Thibaut § 965. (Ed. 8.), Mackeldey § 660., v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 492. (142.), Seuffert Bd. III. § 656., Glück P. C. l. c. S. 248., Bd. XXXVII. S. 176. und die vielen da citirten Schriften. Dies würde aber zuweilen zu irrationellen Resultaten führen, z. B. weil die Novelle nur dies als Enterbungsgrund erklärt, wenn der Sohn mit seiner Stiefmutter oder mit der Concubine seines Vaters Unzucht treibt, so sey der Fall nicht inbegriffen, wenn er mit seiner leiblichen Mutter sich verunkeuscht, oder der Fall, wenn sich der Sohn in eine Räuberbande begibt, könne nicht in der Disposition der Novelle begriffen werden, welche nur von einer Verbindung mit Giftmischern und Zauberern, mit Thierkämpfern und Mimen spricht. Es ist daher gewiß nur denjenigen Rechtslehrern beizustimmen, welche in den Gesetzesworten nur den Sinn finden, daß aus keinem andern als diesem Gesetz Enterbungsgründe geschöpft und auch nicht aus der allgemeinen ratio legis (Undankbarkeit und schlechte verächtliche Lebensart) Enterbungsgründe abgeleitet werden dürfen, welche in demselben nicht aufgeführt sind, daß aber die in ihm enthaltenen Enterbungsursachen allerdings einem rationellen Verständniß unterworfen bleiben, daß es bei diesem, wie bei jedem andern Gesetz innerhalb der Richtersphäre unbestreitbar liege, dasselbe logisch auszulegen, sensum potius quam verba spectare, und wie Coc-

*) So darf man allerdings den Enterbungsgrund der Nov., wenn Kinder sich thätlich an den Eltern vergreifen, versteht sich den Fall der Nothwehr ausgenommen, nicht auf bloße Drohungen ausdehnen, s. Glück P. C. Bd. VII. S. 211., wenn anders diese nicht an sich eine gravis et inhonesta injuria involviren, s. Francke Recht d. Notherben § 32. S. 404.

ceji jus controv. Lib. V. tit. 2. qu. 13. sagt: causas, quae intellectu juris eaedem sunt, als inbegriffen anzunehmen, s. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 484. S. 298., Hufeland Lehrb. d. Civilr. Bd. II § 1116. not. 6., Bluntschli Erbfolge gegen den letzten Willen S. 230., Francke Notherbenrecht S. 414. Immerhin ist freilich dabei mit Vorsicht zu verfahren, z. B. wäre es gegen die Grundsätze einer stricten Interpretation, die Mutter zur Enterbung ihrer Tochter für berechtigt zu erachten, wenn letztere mit dem Stiefvater concumbirt hat, s. v. Buchholz l. c. S. 131., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVII. S. 147., oder einen Grund zur Enterbung anzunehmen, wenn der Sohn mit seiner Schwester Blutschande getrieben hat, s. Francke l. c., Höpfner Instit. Comm. § 480.

Zu 2) Die Meinungen sind hierüber sehr verschieden. Einige statuiren: nur eine minorenne Tochter könne*) enterbt werden, wenn sie gegen den Willen der Eltern heirathe, s. Höpfner l. c. § 478. cf. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. § 377. (329.) Andere: die Kinder könnten überhaupt aus dieser Ursache nicht enterbt werden, Walch Controv. jur. civ. pag. 206. (Ed. 3.), Stryck de cautel. testam. cap. 19. § 35., Struv. Synt. jur. civ. Ex. 32. th. 34. und wieder Andere beschränken das Enterbungsrecht der Eltern auf den Fall, wenn die Tochter eine schimpfliche Heirath schließt, s. Heisler Erörterung der Frage: sind Eltern ihre Kinder, welche sich wider ihren Willen verheirathen, zu enterben befugt? Halle 1783., Runde deutsch. Privatr. § 564., vergl. Glück P. C. Bd. VII. S. 236., Bd. XXXVII. S. 153. Nach der Sächsischen Eheordnung v. J. 1624 sind Eltern unter gewissen Voraussetzungen berechtigt, ihre Kinder, welche ohne oder gegen deren Willen ein Ehegelöbniß abgeschlossen haben, zu enterben, s. v. Hartitzsch Entscheid. no. 161. Daß gegen Söhne diese Enterbungsursache überhaupt nicht stattfinde, weil sie in der Nov. 115. nur gegen Töchter verhängt ist, unterliegt wohl keinem Zweifel, Glück l. c. Bd. VII. S. 243., was aber die Töchter anbetrifft, so wird die Entscheidung immerhin dem richterlichen vernünftigen Ermessen überlassen bleiben müssen, und nur aus dem Geist der Gesetze geschöpft werden können. Nach der Nov. 115. c. 3. § 11. soll nämlich eine wider den

*) Und zwar da die Novelle von den Eltern überhaupt spricht, so muß dieses Enterbungsrecht wohl gegen die Meinung Gribners in Diss. de exheredatione liberor. Lips. 1707. pag. 14. der Mutter eben so wie dem Vater zugestanden werden, aber wohl nicht den Großeltern, s. Höpfner l. c. § 478. not. 6.



Willen der Eltern von der Tochter geschlossene Ehe alsdann keinen Grund zur Enterbung abgeben, wenn sie schon zu einem 25jährigen Alter gelangt ist, und die Eltern zögern, sie mit einem Mann zu verbinden. Das s. g. Interim*) tit. 21. § 9. u. 10. bestimmt: daß die Kinder sich ohne Rath und Bewilligung der Eltern nicht verheirathen, die Eltern aber auch ihre Gewalt in Verhinderung oder Trennung der Ehe nicht mißbrauchen sollen, und ob dieselben den Ungehorsam ihrer Kinder mit Vorenthaltung der Erbschaft oder zum wenigsten mit Verringerung des Heirathsguts oder in andere Wege zu strafen befugt seyen, dem richterlichen Ermessen überlassen bleibe.

Zu 3) Nach dem wörtlichen Inhalt der Nov. gibt dies den Eltern nur dann ein Recht zur Enterbung, wenn die Eltern der Tochter einen Mann hatten geben und sie ausstatten wollen, die Tochter aber ein wollüstiges Leben vorgezogen hat; nicht aber, wenn die Tochter 25 Jahre alt geworden ist und die Eltern um ihre eheliche Versorgung unbekümmert geblieben sind. Die Unbestimmtheit dieses Gesetzes und die Verschiedenheit der heutigen Sitten und Zustände hat auch hier zu verschiedener Auslegung Anlaß gegeben, vergl. Francke Notherbenrecht S. 407., Glück P. C. l. c. Alles Gewicht ist hier wohl nach Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVII. S. 160. auf die verächtliche Gesinnung solcher Töchter zu legen, die ein zügelloses Leben führen, da es ihnen doch an Gelegenheit sich zu verheirathen nicht fehlte, nicht aber ist mit Glück l. c. S. 241. dieser Enterbungsgrund auf jedes verführte Mädchen anzuwenden, da ein einziger Fehltritt, welcher ja die Besserung nicht ausschließt, nicht einem unsittlichen Wandel gleichzustellen ist, s. Mühlenbruch l. c., v. Hartitzsch Entscheid. no. 162.

Zu 4) Die bejahende Meinung, s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 492. (142.) not. x., Pufendorf Obs. T. II. obs. 6., Höpfner Instit. Comm. § 478. no. 2.**), hat darin, daß die Nov. 115. allgemein von dem Recht der Eltern, ihre Kinder aus gewissen Ursachen von der Erbschaft auszuschließen spricht, wohl keinen zureichenden Grund, daher ihr, besonders wegen nothwendiger stricter Auslegung bedeutende Autoritäten entgegenstehen, s. v. Buchholz jurist. Abhandl.

---

*) Welches freilich nicht als allgemein angenommenes Reichsgesetz zu betrachten ist, s. Eichhorn Kirchenrecht Bd. II. S. 369., Schott Eherecht S. 186.

**) Welcher indessen zugibt, daß der Vater seinen Sohn deswegen, weil er die Stiefmutter injuriirte, nicht enterben könne, s. auch Glück P. C. Bd. VII. S. 216.

S. 144., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVII. S. 171., Francke Recht d. Notherben S. 405.

Zu 5) Es ist genug, wenn der Testator in seiner Disposition den Notherben als einen Undankbaren erklärt, ohne daß es nöthig ist, den Grund selbst anzuführen, l. 30. pr. C. 3. 28., v. Wening-Ingenheim l. c., Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. III. S. 365. Die specielle Substantiirung liegt dann dem excipirenden Testamentserben ob.

Zu 6) Die Frage könnte überflüssig scheinen, wenn man nach der selbst in manche deutsche Landesgesetze, s. z. B. Cod. Civil. Bavar. P. III. tit. 3. § 16., übergegangenen Meinung mehrerer Rechtslehrer die Enterbung in guter Absicht des älteren Rechts deswegen als gar nicht mehr praktisch ansehen dürfte, weil Justinian lauter bestimmte Enterbungsursachen und nur diese in der Nov. 115. statuirt, s. Hommel Rhaps. Vol. V. Obs. 652., Unterholzner im civilist. Archiv Bd. II. S. 35., Bluntschli l. c. S. 233., Francke Notherbenr. S. 423. Allein die Praxis hat diesen Zweifeln und wohl aus guten Gründen, s. Zimmern im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 153. nicht Raum gegeben. Demzufolge hat die gemeine Meinung der meisten neueren Rechtslehrer gegen frühere Dissentienten, s. Boehmer jus novum controv. T. II. Obs. 62., Stryck Usus mod. Pand. Lib. 28. tit. 2. § 10., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1702. not. i., Westphal von Testamenten § 598., sich auch dahin entschieden, daß bei der Enterbung in guter Absicht nicht minder die Ursache angeführt werden müsse, weil die Nov. 115. allgemein vorschreibt: addita causa necessitateque judicii sui, cf. l. 16. D. 27. 10., G. L. Böhmer Rechtsfälle Bd. I. S. 247., Thibaut System § 965. (Ed. 8.), Glück P. C. Bd. VII. S. 262. ꝛc., Bd. XXXVII. S. 394., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 492. (146.) u. A. m., sowie daß auch in diesem Fall die Enterbung ausdrücklich geschehen müsse; Zimmern l. c. Daß auch da der Erbe die Wahrheit der Enterbungsursache beweisen müsse, ist zwar nicht unbezweifelt, jedoch die bejahende Meinung vorherrschend, s. Glück l. c. S. 263., v. Wening-Ingenheim l. c. In Ansehung der Enterbungsursachen geht besonders mehrerer älterer Rechtslehrer Meinung, s. Wernher Obs. for. T. I. P. I. obs. 312., dahin, daß nur die in l. 16. § 2. D. 27. 10. — l. 18. D. 28. 2. — l. 12. § 2. D. 38. 2. — l. 25. C. 3. 28. enthaltenen gelten könnten, nämlich wenn die Kinder blödsinnig oder verschwenderisch sind, oder wenn sie sich noch in der Unmündigkeit befinden, und der Vater aus Besorgniß, das Vermögen möchte in unsichere Hände kommen,

zu dessen Verhütung den eingesetzten Erben verpflichtet, nächst einstweiliger Verpflegung der Kinder denselben nach erreichter Mündigkeit die Erbschaft als ein Fideicommiß wieder abzutreten. Die Praxis aber folgt zufolge der in leg. cit. gebrauchten Partikeln ut puta und ut puta pone im Allgemeinen der ratio legis, und begreift darin alle Fälle, wo eine Gefahr vorhanden ist, daß der Notherbe, wenn man ihm die Erbschaft überlassen würde, entweder durch sein eigenes Betragen oder durch das Verfahren Anderer mit ihm darum kommen würde; Glück l. c. Bd. VII. S. 257., v. Wening-Ingenheim l. c., Thibaut System l. c. Letzteres darf aber freilich nicht in ausgedehntem Sinn genommen werden. So wurde z. B. gegen die Gültigkeit einer exheredatio bona mente entschieden, welche die Mutter aus dem Grund vornahm, weil sie von der von ihrer Schwiegertochter über ihren Mann bewiesenen Gewalt befürchtete, daß dieselbe sich mit dem Erbgut bereichern würde; Glück P. C. Bd. XXXVII. S. 453. rc. Verschiedenartige Fälle s. Ayrer Diss. de jure parentis legitimam liberorum gravandi. § 27. u. 28., Huber Praelect. ad Pand. Lib. V. tit. 2. § 19., Stryck Us. mod. Pand. Lib. 28. tit. 2. § 9. Außer Zweifel ist übrigens, daß sowohl Eltern ihre Kinder als umgewandt Kinder ihre Eltern in guter Absicht enterben können, sehr zweifelhaft aber, ob auch Geschwister, denen man eine persona turpis vorgezogen hat, bona mente enterbt werden können. Die verneinende Meinung ist gegen Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1702. und mehrere von ihm angeführte Autoritäten darauf begründet, daß das Eine mit dem Andern unvereinbarlich scheint, s. Glück l. c. Bd. VII. S. 261.

Zu 7) Bezüglich der Enterbung der Geschwister — vorausgesetzt nämlich, daß eine persona turpis eingesetzt ist, und der Querulant nicht in pari turpitudine versirt, arg. l. 11. C. 3. 28., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. no. 219., hat Justinian nicht specielle Enterbungsursachen aufgestellt, mithin brauchen auch dergleichen im Testament nicht angeführt zu werden; Donell. Comm. Lib. XIX. c. IV. § 11. Es blieb also beim älteren Recht, wonach schlechtes Betragen oder Undank stattgefunden haben muß. Der Querulant hat den Beweis seines guten Betragens im Allgemeinen zu liefern, sind aber im Testament specielle Thatsachen eines unwürdigen Betragens angeführt, so muß der Testamentserbe sie im Fall des Widerspruchs beweisen; Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 965., v. Wening-Ingenheim l. c. § 494. (148.)

Zu 8) Diese Frage ist wohl gegen Pufendorf Obs. T. IV. obs. 47. vielmehr zu verneinen, denn ein natürliches Kind ist nicht persona turpis und die Geschwächte ist es nur dann, wenn sie mit ihrem Körper

Gewerb treibt, oder überhaupt einen verächtlichen Lebenswandel führt; s. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. S. 64., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 474. S. 261., Höpfner Instit. Comm. § 473. not. 7., Glück P. C. Bd. V. S. 212., Bd. VI. S. 579., Erk. d. O. A. Ger. in München in den Bl. f. Rechtsanw. von Seuffert u. Glück Bd. XII. Erg. no. 2. Bd. XVII. S. 32. u. d. O. A. Ger. in Cassel in Strippelmann Samml. Th. II. S. 86.

Zu 9) Darüber ist man einig, daß das ältere Recht den uterinis das Pflichttheilsrecht abspricht, l. 21. l. 27. C. 3. 28. — l. 8. § 5. D. 5. 2. — l. 3. C. Th. 2. 19., uneinig aber darüber, ob dies sich nicht nach dem Recht der Novellen anders verhalte, nachdem durch sie der Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben ist. Die meisten Autoritäten sind aber dafür, daß darin nichts durch die Novellen geändert sey. Das Uebergewicht der Gründe hierfür ist vorzüglich entwickelt von G. L. Boehmer Elect. jur. civ. T. I. pag. 250., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 474. no. 3., Glück P. C. Bd. VII. S. 14., Bd. XXXV. S. 230., s. auch Höpfner Instit. Comm. § 473. u. not. 6., Thibaut System § 961. (Ed. 8.), Francke Notherbenrecht S. 192., Puchta Lehrb. d. P. § 481.*) Durch eben die irrige Folgerung vom Intestaterbrecht auf das Pflichttheilsrecht, welche der von Mehreren angenommenen Erstreckung der Querel auf uterinos zum Grund liegt, wurde auch die vermeintliche Erstreckung auf die Geschwisterkinder veranlaßt, welcher doch § 1. J. 2. 18. — l. 1. D. 5. 2. — l. 21. C. 3. 28. entgegensteht, und welche nun wohl als allgemein verworfen anzusehen ist, obgleich Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 656. not. h. die Frage in der Theorie noch als zweifelhaft ansieht.

Zu 10) Gewiß mit Recht hat Westphal von Testamenten § 563. und Glück P. C. Bd. VII. S. 245. bemerkt: wegen der Concubine des Sohns**) fällt h. z. T. die Enterbung des Vaters weg, da beide in pari reatu sind; und schwerlich möchte man Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVII. S. 168. beistimmen, wenn er diesen Enterbungsgrund noch als uneingeschränkt geltend behandelt.

---

*) Auch v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 489. (136.) der 4ten Aufl.; denn wenn es da heißt: Pflichttheilsberechtigte sind die Geschwister — consanguinei und uterini, so ist offenbar nur durch einen Druckfehler und statt nicht gesetzt.

**) Nämlich des Haussohns oder Suus, s. v. Buchholz jurist. Abhandl. S. 141. no. 3. u. not. 33., Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVII. S. 169.

Zu 11) v. Buchholz in den jur. Abhandl. S. 141. erklärt auch diese Bestimmung der Novelle, sowie die vorerwähnte blos von Hauskindern, dagegen sie aus etymologischen Gründen überhaupt von eigenen Kindern versteht Mühlenbruch l. c., Schneider in Linde's Zeitschr. Bd. XII. S. 369.

Zu 12) Mehrere Rechtsgelehrte sind der Meinung, daß durch die Nov. 115. jenes Recht nicht aufgehoben sey, indem durch ein allgemeines Gesetz frühere jura singularia nicht außer Wirksamkeit gesetzt würden. Hierzu kommt, daß Justinian das gleichartige Privilegium der Söhne der Geistlichen durch die Nov. 123. c. 19. ausdrücklich aufgehoben hat, was er nicht nöthig gehabt hätte, wenn es schon durch die Nov. 115. für aufgehoben zu erachten gewesen wäre; Donell. Comm. Lib 19. c. 5. § 14., Lauterbach Coll. th. pr. Lib. V. tit 2. § 28., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1707., Glück P. E. Bd. VII. S. 486. Dagegen wird aber wohl mit besserem Grund eingewendet: die Worte der Nov. 115. non licere liberis, parentes suos praeterire aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, begreifen in dem Verbot ausdrücklich auch das peculium castrense et quasi castrense, denn nur auf dieses kann die testandi licentia bezogen werden, auf ein anderes peculium können sie nicht gehen, über ein anderes können Hauskinder nicht testiren, und auf Kinder, die nicht mehr in der väterlichen Gewalt sind, können jene Worte auch nicht bezogen werden, weil diese keiner Dispositionsbeschränkung unterworfen waren, von was immer für einer Art ihr Vermögen seyn mochte. — Demnach kann blos daraus, daß Justinian es zweckmäßig hielt, das Privilegium der Söhne der Geistlichen in der Nov. 123. cap. 19. insbesondere als aufgehoben zu erklären, nicht gefolgert werden, daß eine solche wiederholte Bestimmung in einem oder dem andern Fall nothwendig gewesen wäre. Den Kindern geistlichen Standes war es überdies schon durch die Nov. 115. c. 4. benommen, da dieselbe ohne Einschränkung spricht, und keinerlei Kinder ausnimmt; s. Francke Notherbenrecht. § 35. S. 450., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 158., Mühlenbruch l. c. Bd. XXXV. S. 216.

---

§ 3. Von dem Recht des Pflichttheils.

1) Von wem kann die Inofficiositäts-, vielmehr Nichtigkeitsklage angestellt werden, mit welcher Wirkung? und wem liegt der Beweis der unrechtmäßigen Enterbung ob?

2) In wie fern kann diese Klage auch auf die Erben transmittirt werden?
3) Gegen wen kann die Klage angestellt werden und mit welcher Wirkung?
4) Wird der am Pflichttheil Verletzte der Klage durch die Annahme eines ihm im Testament ausgesetzten Legats verlustig?
5) Kann dem Pflichttheil im Voraus gültig entsagt werden?
6) Ist nach dem Justinianeischen Recht der Pflichttheil noch, wie früher, auf ¼ oder resp. ⅓ der Intestaterbportion insbesondere auch bei Eltern und Geschwistern anzunehmen?
7) Ist bei dessen Berechnung auch dasjenige Kind mitzuzählen, welches bei Lebzeiten des verstorbenen Ascendenten der künftigen Erbschaft entsagt hat?
8) Wie wird der Pflichttheil berechnet, wenn die überlebende Ehefrau mit pflichttheilsberechtigten Notherben entweder nach gemeinen oder statutarischen Rechten als Miterbin concurrirt?
9) Was darf in den Pflichttheil eingerechnet werden?
10) Wie ist der Pflichttheil der Kinder und Enkel zu berechnen?
11) Was ist Rechtens hinsichtlich des Ranges, wenn mehrere Pflichttheilsberechtigte zusammentreffen?
12) In wie fern leidet der Grundsatz, daß der Pflichttheil mit nichts belastet werden darf, eine Ausnahme?
13) Ist es genügend, wenn der Pflichttheil in Erträgnissen und Früchten einer künftig zu restituirenden erbschaftlichen Sache, oder auch, wenn ein bestimmtes Erbschaftsstück anstatt des Pflichttheils angewiesen wird?
14) Ist es als eine unzulässige Beschwerung des Pflichttheils zu erachten, wenn der Vater seine Kinder in der bloßen Proprietät seiner Güter zu Erben einsetzt, den Nießbrauch des ganzen Vermögens aber seiner Gattin auf ihr Leben lang überläßt?
15) Kann eine Mutter, welche ihren Kindern nur den Pflichttheil hinterläßt, dem Vater derselben, in dessen Gewalt sie noch sind, den gesetzlichen Nießbrauch entziehen?
16) Ist es einem Verzicht des Notherben auf die Testamentsanfechtung gleich zu achten, wenn er, nachdem er vom Testamentserben als Schuldner des Nachlasses verklagt worden, gegen die Klage aus der Sache selbst und nicht aus seinem Recht als Notherbe excipirt?

Zu 1) Wir müssen uns hier zuvörderst an den von uns angenommenen Grundsatz erinnern, daß Ascendenten und Descendenten die Inofficiositätsklage gegenseitig gar nicht, sondern nur eine Nichtigkeitsklage aus der Nov. 115. anzustellen haben, mittelst welcher sie jedoch blos die Erbeinsetzung umstoßen, während die anderen vom Testator getroffenen Dispositionen bei Kräften bleiben. Für Geschwister bleibt es übrigens noch bei dem alten Recht hinsichtlich der Inofficiositätsklage.

In Ansehung der Beweisfrage scheint nach der ausdrücklichen Bestimmung der Nov. 115. c. 3. § 14. über die Enterbungsfälle zwischen Descendenten und Ascendenten kein Zweifel obzuwalten, daß der Erbe die Wahrheit der angeführten Enterbungsursache beweisen müsse; s. Francke Notherbenrecht S. 293., Höpfner Instit. Comm. § 477. not. 2. § 533. u. not. 1., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 494. (148.), Glück P. C. Bd. VII. S. 400., Hunger das röm. Erbrecht S. 223. Wenn dagegen mehrere Schriftsteller, insbesondere v. Vangerow Pand. Bd. II. § 478. S. 274. auf die älteren Verordnungen hinweisen, wonach dem Kläger vielmehr aufgegeben war: docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum, l. 3. l. 5. D. 5. 2., so ist dagegen zu erwiedern, daß, nachdem die Nov. 115. das materielle Recht an feste bestimmte Normen gebunden hat, nicht mehr, wie zuvor von so schwankenden Sätzen und deren Beweis die Rede seyn kann, wie jener, daß Kläger ein gutes Betragen gegen den Testator beobachtet habe. Gewiß ist auch Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVII. § 1423., besonders S. 127 u. 139. not. 27., ungeachtet mancher unbestimmter Aeußerungen nur so zu verstehen, daß auf dem Standpunkt der Nov. 115. durchaus kein anderer als der dem Testamentserben obliegende Beweis der Wahrheit der vom Testirer geltend gemachten Enterbungsursache gefordert werden könne; Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß. Abschn. VI. § 26.

In Ansehung der Inofficiositätsklage hintangesetzter Geschwister unterliegt es dagegen, weil es rücksichtlich dieser überhaupt beim älteren Recht geblieben, und die Beifügung einer Ursache zur Ausschließung nicht nöthig ist, keinem Zweifel, daß der Kläger beweisen müsse, sowohl daß die eingesetzte Person eine persona turpis sey, als daß er die Enterbung nicht verdient, nämlich, daß er sich stets brüderlich gegen den Erblasser verhalten habe; jedoch, wenn etwa im Testament — ohne Noth — dem Hintangesetzten ein besonderes Unrecht zum Vorwurf gemacht ist, dessen Bewahrheitung dem Beklagten im Weg des Gegenbeweises überlassen bleibe, s. Höpfner Instit. Comm. § 533. not. 2., Glück P. C.

Bd. VII. S. 319 rc. Bd. XXXVII. S. 380. Die Meinung Einiger, daß es zur Begründung dieser Klage überhaupt genüge, daß eine persona turpis eingesetzt ist, *) mithin gar kein weiterer Beweis und insbesondere nicht der Beweis einer Negative gefordert werden könne, s. Müller ad Leyser T. I. Fasc. II. obs. 231., Cocceji controv. jur. civ. Lib. V. tit. 2. qu. 10., oder auch, daß das Princip der Novelle auch auf die Geschwister dahin anzuwenden sey, daß der Erbe eine von dem Ausgeschlossenen begangene Undankbarkeit zu beweisen hätte, s. Griebner Diss. utrum fratres etc., in Opusc. T. V. Sect. II. pag. 21., Leyser Sp. 93. corr. 1. u. A. m., hat die Gesetze nicht für sich. Ueber die Frage: was zum Gegenbeweis erfordert werde, nämlich, was als relevant für den Beweis der von dem Ausgeschlossenen begangenen Pflichtwidrigkeit anzusehen sey, sind die Meinungen abermals getheilt, weil hier nicht, wie bei Ascendenten und Descendenten, die causae ingratitudinis speciell festgesetzt sind. Mehrere Rechtsgelehrten glaubten diese in der Nov. 22. c. 47. zu finden, s. Westphal von Testamenten § 607., Malblanc Princ. jur. Rom. P. II. § 700., allein dort sind nur die Fälle enthalten, welche den Verlust des gesetzlichen Erbfolgerechts zur Folge haben, und von diesen läßt sich wohl nicht absolut in Beziehung auf die Freiheit des Testirens ein Schluß ziehen. Wenn nun gleich hie und da behauptet wird, daß die Praxis sich dafür erklärt habe, s. Hunger röm. Erbrecht S. 219. not. 1., Hartitzsch Erbrecht § 121., so sprechen doch die vielen bei Glück l. c. Bd. VII. S. 206. Bd. XXXVII. S. 382. not. 64. angeführten Schriftsteller, welchen auch Höpfner Instit. Comm. § 477. u. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 478. beizuzählen ist, mehr dieses als die herrschende Ansicht aus: daß die Rechtfertigungsgründe der Ausschließung der Geschwister nicht auf die in Nov. 22. c. 47. aufgeführten Indignitätsgründe beschränkt seyen, sondern auf dem Ermessen des Richters beruhen, welcher die Enterbungsursachen der Nov. 115. nur analog in Anwendung bringen kann.

Zu 2) Von der Regel, daß der Notherbe die Inofficiositätsklage nur dann auf seine Erben transmittiren kann, wenn er sie bei Lebzeiten

*) Eine hiemit in Zusammenhang stehende singulaire Meinung, daß die Geschwister eigentlich gar nicht pflichttheilsberechtigt, sondern nur berechtiget seyen, eine persona inhonesta auszustoßen, und dies selbst dann, wenn ihnen der Testator sogar mehr vermacht hat, als Eltern oder Kindern als Notherben gegeben werden muß, s. Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. no. 7., hat in Praxi keine Wurzel geschlagen; s. dagegen Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXV. S. 89. Bd. XXXIX. S. 272., Braun Erörter. zu Thibaut § 810., v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 261.

wenigstens vorbereitet, l. 5. C. 3. 28. — l. 6. § 2. l. 7. l. 8. pr. D. 5. 2., d. i. nach l. 5. cit., wenn er wenigstens auf irgend eine bestimmte Art erklärt hat, sie anstellen zu wollen, gilt nur eine begünstigende Ausnahme für Descendenten,*) welche aber schwerlich mit Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. III. S. 343. ganz unbedingt, sondern nur für den Fall, der gemeinen Meinung nach, zu behaupten seyn wird, wenn der Notherbe vor der Erklärung des Testamentserben, nämlich während dieser noch deliberirte, gestorben ist; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 478. no. 3., Glück P. C. Bd. VII. S. 464. Bd. XXXV. S. 463. Bd. XLIII. S. 225., Francke Notherbenr. S. 317., Braun Erörter. zu Thibaut § 818. S. 753.

Zu 3) Die Querel ist zwar eine qualificirte Erbschaftsklage, hereditatis petitio ex causa inofficiosi, aber in so weit beschränkt, daß sie nicht gegen jeden Besitzer geht, sondern nur gegen den Testamentserben und gegen jeden, der an dessen Stelle tritt, l. 1. C. 3. 28., also auch gegen den fiscus, wenn er succedirt, s. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 135., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 478. no. 4., Glück P. C. Bd. VII. S. 556. Bd. XXXV. § 1421 a. Abweichende Ansichten s. v. Buchholz jurist. Abhandl. S. 107. not. 6. Da sie aber so lange nicht angestellt werden kann, als der Testamentserbe nicht wirklich die Erbschaft angetreten hat, so muß diesem auf Ansuchen des Klägers eine präclusive Frist zur Erklärung darüber präfigirt werden.

Die Wirkung der Querel ist, daß die Intestaterbfolge dadurch herbeigeführt wird und die Erbschaftserwerbung von Seite des Testamentserben hinwegfällt, jedoch nur für den Theil, welchen der Querulant ab intestato fordern kann, l. 8. § 8. D. 5. 2., daher nach Umständen seine hereditatis petitio nur partiaria seyn kann.**) In so weit müssen

---

*) Hiebei ist sich der früheren Bemerkung zu erinnern, daß Ascendenten und Descendenten jetzt wegen der ihnen zustehenden Nullitätsklage ex jure novo keinen Gebrauch mehr von der blos im Mangel einer andern Klage zulässigen und durch eine 5jährige Präscriptionszeit beschränkten Inofficiositätsklage zu machen haben, s. Thibaut System § 970. (Ed. 8.), und daß dieselbe ganz wegfällt gegen ein vom Soldaten im Feld errichtetes Testament, § 6. J. 2. 13. — l. 9. C. 3. 28. — l. 9. 10. vergl. mit l. 17. C. 6. 21., sowie auch gegen eine Pupillarsubstitution, l. 8. § 5. D. 5. 2., Zimmern röm. rechtl. Untersuchungen Bd. I. S. 83., Thibaut im civil. Archiv Bd. V. S. 345.

**) Die hieraus entspringende Folge, daß neben dem Intestaterben auch ein Testamentserbe bestehen kann, verliert das Auffallende, wenn man die ihr scheinbar entgegenstehende Regel gemäß l. 19. § 2. D. de castrensi peculio

auch schon bezahlte Vermächtnisse in der Regel zurückgezahlt werden, weshalb dem Querulanten eine actio utilis gegeben ist, l. 8. § 16. D. 5. 2. — l. 2. § 1. D. 12. 6., falls der Testamentserbe nicht selbst die Rückzahlung bewirken kann, wozu er verbunden ist, wenn ihm der geleisteten Zahlung wegen eine Verschuldung zur Last fällt, z. B. indem er nach schon angebrachter Querel oder auch bei deren gewisser Voraussicht schon Legate entrichtete. Die verschiedene Gestaltung der Fälle, in welchen die Inofficiositätsklage völlige oder theilweise Rescission bewirkt, findet man gründlich erörtert in v. Vangerow Pand. Bd. II. § 479., Glück P. C. Bd. VII. S. 422. Bd. XXXV. S. 374 u. 397., wo auch das Princip der subjectiv, nämlich blos auf das Recht des Querulantem beschränkten Wirkung der Querel gegen die Meinung Einiger, welche davon gewisse Ausnahmen statuiren, s. Huschke im Rhein. Museum Bd. VI. S. 341., consequent durchgeführt wird, s. auch Francke Notherbenrecht S. 299., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 966., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 494. (149.), cf. l. 24. D. 5. 2. — l. 27. C. 3. 28.

Streitig ist, ob bei der Querel der Geschwister die Vermächtnisse und Fideicommisse gültig bleiben, oder vielmehr mit der Erbeinsetzung zu Grunde gehen. Das Erstere kann man nur behaupten, wenn man annimmt, daß die Nov. 115. nothwendig auch auf die Geschwister, — wenn sie gleich auf sie gar nicht gerichtet ist — ausgedehnt werden müsse, weil diese sonst bei dem Gebrauch der Inofficiositätsklage viel vortheilhafter daran wären, als selbst Descendenten und Ascendenten; s. Voet Comm. ad Pand. Lib. V. tit. 2. § 13., Westphal von Testamenten § 607 u. 1043., Leyser Sp. 94. Corr. 2., Schmidt Commentar über seines Vaters Lehrb. von gerichtl. Klagen und Einreden Bd. III. S. 14. Die meisten Rechtslehrer vertheidigen jedoch wohl mit Recht die Meinung, daß aus der Novelle eine Entscheidung über etwas, worüber sie nicht disponirt, nicht geschöpft werden könne, nothwendig also die Vorschriften des älteren Rechts über die Inofficiositätsklage der Geschwister zu befolgen seyen; s. Höpfner Instit. Comm. § 535. not. 1., Thibaut System § 819., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 129., Glück P. C. Bd. VII. S. 455. und die vielen dort angeführten Schriftsteller. — Unstreitig bleiben indessen die Vermächtnisse bestehen, wenn der Testamentserbe nur als contumax verurtheilt wurde, l. 17. § 1. l. 18.

---

auffaßt: ut nullus paganus *ab initio quidem* pro parte testatus pro parte intestatus decedere possit, sed tamen *ex postfacto* sc. autoritate sententiae judicis, cf. l. 15. § 2. D. 5. 2,

D. 5. 2. — l. 14. § 1. D. 49. 1., und die Legatare nicht mittelst eigener Klage gegen den Intestaterben unterliegen, vid. Glossa ad l. 17. § 1. D. 5. 2., Francke Notherbenr. S. 308., desgleichen wenn der Inofficiositätsstreit verglichen wird; l. 29. § 2. D. 5. 2. — l. 3. pr. D. 2. 15. — Bei einer theilweisen Rescission des Testaments bleibt die darin enthaltene Pupillarsubstitution gleichwohl ganz bestehen; l. 51. pr. D. 28. 6. — l. 8. § 5. D. 5. 2., Glück P. E. Bd. XXXV. S. 374. Wenn die Ausschließung eines Pflichttheilsberechtigten blos in der irrigen Meinung des Testators, daß derselbe nicht mehr am Leben sey, ihren Grund hat, so wird gewöhnlich eine andere Klage als die Inofficiositätsklage stattfinden, mit welcher sich dann die Aufrechthaltung der Vermächtnisse verträgt, so daß der todt geglaubte Notherbe nur an die Stelle des Testamentserben tritt; l. 28. D. 5. 2., Glück P. E. Bd. XXXV. S. 380 ꝛc., Francke Notherbenr. S. 309.

Zu 4) Es scheint zwar, wenn der berechtigte Notherbe von dem im Testament eingesetzten Erben ein Legat annimmt, so erkennt er diesen ipso facto als Erben an, und es scheint in sich selbst widerstreitend, daß er aus einem Testament Vortheile ziehen wolle, das er doch selbst anficht; s. Gaill Obs. pr. Lib. II. c. 13. no. 6., Glück P. E. Bd. VII. S. 481. et aut. in not. 48. cit., Francke Notherbenrecht S. 389., Bluntschli Erbf. gegen den letzten Willen S. 263. Allein es läßt sich gleichwohl behaupten, daß der Enterbte das, was ihm vermacht ist, als Prälegat fordern könne, wenn er gleich das Testament impugnirt, denn nach der Nov. 115. kann diese Impugnation ja nur gegen die Erbeinsetzung gerichtet seyn, durch deren Annullirung die Legate ganz unberührt bleiben, vielmehr Gültigkeit behalten. Zwar kann dies in manchen Fällen zu einer Unbilligkeit führen, indem andere Erben sich mit ihrem Intestaterbtheil begnügen müssen, in anderen Fällen aber auch nicht; das Gesetz erhält aber nun einmal allgemein und ohne Einschränkung die Legate aufrecht. So lehrt Leyser Sp. 93. Med. 7., Mühlenbruch in Glück P. E. Bd. XXXVII. S. 284., Elvers Themis N. F. Bd. I. S. 248., Burchardi System u. innere Geschichte des röm. Privatr. § 372. not. 58., Heimbach im Rechtslex. Bd. VIII. S. 153., v. Buchholz Lehre v. d. Prälegaten S. 570., welcher auch Cujac. als Gewährsmann anführt. Ganz zweifelsfrei ist die Sache gleichwohl nicht, denn in einem Fall, welcher noch weniger Schwierigkeit hätte, nämlich wenn der Enterbte von einem Legatar eine vom Testator diesem an ihn auszuzahlen aufgetragene Summe annimmt — wodurch er doch nicht unmittelbar den Erben, sondern nur den Legatar anerkennt — räth doch Paulus dem Notherben, sich der Legatforderung

zu enthalten; tutius tamen fecerit, si se abstinuerit a petitione legati. l. 32. § 1. D. 5. 2. Selbst Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVII. S. 367. erachtet die Annahme nur cum protestatione für gerathen.

Zu 5) Nach R. R. konnte Niemand im Voraus bei Lebzeiten des Erblassers dem Pflichttheil gültig entsagen; l. 35. § 1. C. 3. 28. — l. 3. C. 6. 20. — l. ult. D. 38. 16. In Kleins Rechtssprüchen der Halleschen Juristenfacultät Bd. I. no. 33., Glück P. C. Bd. VII. S. 477., Böhmer Rechtsfälle Bd. III. Resp. 195. no. 23., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1703. wird dies als noch h. z. T. geltendes Recht um deswillen behauptet, weil der Grund des römischen Verbots nicht in der Unverbindlichkeit der Erbverträge, welcher freilich bei uns wegfällt, liege, sondern in dem besonderen Verhältniß zwischen Vater und Sohn, welche eine solche Bindung zum inhonestum machte, l. 35. C. 3. 28.; auch findet man in neueren Gesetzgebungen diesen Grundsatz bestätiget, z. B. im Oesterreichischen Gesetzb. § 602., Code Napol. Art. 913., oder wenigstens die Wirksamkeit solcher pacta renunciativa sehr beschränkt, s. Allg. Preußisch. Landr. Th. II. tit. 11. § 484.; indessen wird in Praxi (vorausgesetzt, daß der Sohn nicht mehr in der väterlichen Gewalt steht) der allgemeine Grundsatz der Gültigkeit renunciativer Erbverträge auch in diesem Fall, wie bei den Erbverzichten adeliger Töchter, geltend gemacht; s. Madihn Miscellen Bd. I. S. 151., Thibaut System § 969. (Ed. 8.), Struben rechtl. Bedenken Th. II. S. 256., Glück P. C. Bd. XXXV. S. 437. Jedoch Leyser Sp. 93. Med. 8. Corr. 3. räumt nur einer eidlichen Verzichtleistung Wirksamkeit ein.

Zu 6) Zwar hat Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. I. S. 251. u. Bd. V. S. 178. den früher auch von Vinnius u. Andern behaupteten und unter den Neuern von Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 656. angenommenen Satz, daß Justinian in der Nov. 18. den Pflichttheil nur für die Descendenten, nicht aber auch für Ascendenten und Geschwister erhöhet habe, gelehrt und scharfsinnig auszuführen sich bemüht, hat aber doch, wie auch sein Vertheidiger Mackeldey anerkennt, noch immer die Praxis gegen sich, deren Gründe sattsam ausgeführt sind in Glück P. C. Bd. VII. S. 27. Bd. XXXV. S. 238., Francke Notherbenrecht S. 206., Heimbach in Linde's Zeitschr. Bd. XIII. S. 397., Braun Erörter. zu Thibaut § 811., v. Vangerow l. c. § 475. not. 1., Valett das Notherbenr. § 44., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. V. Med. 294. Hienach und nach dem Princip, daß der Pflichttheil portio portionis ab intestato ist, muß auch die bekannte Streitfrage, ob der Pflichttheil der Eltern immer $\frac{1}{3}$ der Intestatportion sey, oder auch auf

die Hälfte steigen könne, gegen Weber not. 8. zu § 473. des Höpfner'schen Instit. Comm. dahin entschieden werden, daß, wenn z. B. Ascendenten mit Geschwistern des verstorbenen Kindes concurriren, die Gesammtzahl darüber entscheide, ob der Pflichttheil der Eltern die Hälfte oder ⅓ betrage, folglich wenn A. mit Hinterlassung seines Vaters und seiner 4 Brüder stirbt, dem Vater die Hälfte aus ⅓ der Erbschaft als Pflichttheil gebühre; s. Glück l. c. Bd. VII. S. 55. und die dort angeführte reiche Literatur über diese Streitfrage.

Zu 7) Die vielfach verschiedenen Meinungen hierüber s. Glück P. C. Bd. VII. S. 130., welcher sich dahin entscheidet, daß auch das bei Lebzeiten verzichtet habende Kind mitzuzählen sey, dagegen die meisten neueren Rechtslehrer auf die deutschrechtliche Grundlage hin, daß dem gültig verzichtet Habenden die Erbschaft gar nicht deferirt werden könne, die Folge bauen, daß derselbe auch nicht mitgezählt werden dürfe, gleichviel ob er mit oder ohne Entschädigung verzichtet hat; s. Francke l. c. S. 216, Hasse im Rhein. Museum Bd. II. S. 151 u. 169., Glück P. C. Bd. XXXV. S. 265., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 475. not. 3 b.

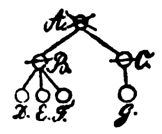
Zu 8) Die divergirenden Meinungen hierüber s. Glück l. c. Bd. VII. S. 137. H. z. T. wird die Frage meistens nur da vorkommen, wo der Ehefrau eine deutschrechtliche portio statutaria gebührt, und da ist sie gewiß auch als gesetzliche Miterbin zu betrachten, s. Mittermaier Grds. d. deutsch. Privatr. § 411., wofür sie aber auch nach Nov. 53. c. 6. § 1., vergl. Nov. 18. c. 1. anzusehen ist, daher sie auch mitgezählt werden muß; Glück P. C. Bd. XXXV. S. 270., Francke l. c. S. 218., v. Vangerow l. c. not. d., Valett das Notherbenr. S. 81.

Zu 9) Bekannt ist die Regel: nicht Alles, was auf den Erbtheil einzuwerfen ist, muß auch auf den Pflichttheil conferirt werden; l. 20. pr. C. 6. 20. Nur in Ansehung desjenigen, was der Pflichttheilsberechtigte von dem Erblasser mortis causa erhält, sey es Erbtheil oder Legat oder Fideicommiß, ist seine Verbindlichkeit, sich dasselbe auf den Pflichttheil anrechnen zu lassen, unbedingt; dagegen in Ansehung der Zuwendungen, welche er bei Lebzeiten vom Testator erhalten hat, ist sie beschränkt auf dos und donatio propter nuptias. Was die donatio propter nuptias anbetrifft, so sind wohl die Zweifel, welche gegen die Anwendbarkeit der Collationsbestimmungen auf dieselbe aus dem Grund erhoben worden sind, weil das römische Institut nicht in Deutschland einheimisch geworden sey, genügend entkräftet von Glück P. C. Bd. XXV. S. 308.

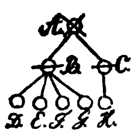
Daß Schenkungen unter Lebenden wenigstens dann eingerechnet werden müßten, wenn der Notherbe mit Andern, welche eine dos oder donat. propter nupt. zu conferiren haben, concurrirt, behauptet zwar Glück l. c. Bd. VII. S. 95. mit Westphal von Testamenten § 394b. und Cujac. not. ad Instit. tit. de inofficios. testam. § 6. not. 15., bezüglich l. 20. § 1. C. 6. 20. u. § 6. J. 2. 18., wo aber nur vom Erbtheil und nicht vom Pflichttheil die Rede ist, daher dieser Behauptung mit Grund widersprochen wird; Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXV. S. 305., Hunger röm. Erbr. § 66. not. 2. — Nach l. 29. l. 30. C. 3. 28. sollte sich der Sohn auf den Pflichttheil auch anrechnen lassen, was der Vater für ihn zur Erwerbung einer wiederverkäuflichen und vererblichen militia aufgewendet hat. Mehrere Schriftsteller dehnen dies auf alle käuflichen Bedienungen aus, s. Glück l. c. Bd. VII. S. 95., Westphal v. Testam. § 394b., ja wohl gar auf Alles, was zum Ankauf irgend einer wiederverkäuflichen Sache gegeben war, wie Schweppe in den früheren Ausgaben des röm. Privatr. § 960. annahm, in der 4ten Ausg. § 957. aber zurückgenommen hat. Auch Glück erkannte später Bd. XIX. S. 303. not. 52., daß das, was in den römischen Gesetzen von einer verkäuflichen und vererblichen militia gesagt ist, bei uns nicht anwendbar sey, so auch Weber Versuche über das Civilr. S. 20., Francke Notherbenr. S. 238., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1213. Um so mehr muß man sich mit Mühlenbruch l. c. Bd. XXXV. S. 303 ꝛc. gegen jede Ausdehnung erklären.

Soviel von der gesetzlichen Collationspflicht; damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß der Erblasser eine Zuwendung bei Lebzeiten mit dem ausdrücklichen Vorbehalt künftiger Einrechnung auf den Pflichttheil machen könne. Hat er diese Bestimmung sogleich im Act der Schenkung schon beigefügt, alsdann, aber auch nur dann, findet die Collation wirklich statt; l. 8. § 6. l. 25. D. 5. 2. — l. 35. § 2. C. 3. 28. — § 6. J. 2. 18., Hunger l. c. § 66., Mühlenbruch l. c. Bd. XXXV. S. 310. Bd. XXXVI. S. 7.

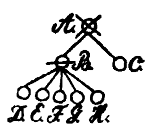
Zu 10) Die meisten praktischen Juristen sind darüber einig, daß die Theilung in stirpes zur Norm der Berechnung diene, wenn von verschiedenen Söhnen Enkel von ungleicher Zahl vorhanden sind, die Theilung in capita aber dann, wenn Enkel nur von einem einzigen Sohn existiren, so daß also, je nach der Zahl der Enkel, der Pflichttheil entweder die Hälfte oder $\frac{1}{3}$ ihrer Intestaterbportion beträgt. Nach der in l. 8. § 8. D. 5. 2. enthaltenen Bestimmung ergiebt sich für den ersteren Fall nach dem neueren Pflichttheilsrecht folgendes Resultat:



Der Pflichttheil des Enkels G. beträgt hier $\frac{1}{3}$ aus der Hälfte oder $\frac{1}{6}$ aus dem Ganzen; jener des D. E. oder F. aber $\frac{1}{3}$ von dem jedem derselben ab intestato gebührenden Sextans vom Ganzen. Der Pflichttheil kann sich aber auch verschieden für einen und den andern Stamm berechnen, wenn die Zahl der Concurrenten in dem einen oder andern verschieden ist. Z. B.



Hier beträgt der Pflichttheil für den H. $\frac{1}{3}$ aus der Hälfte, für die Enkel aus dem Stamm B. aber, weil der Enkel im Ganzen 5 sind, die Hälfte ihrer Intestatportion, oder $\frac{1}{16}$ des ganzen Vermögens. Oder:



Hier beträgt der Pflichttheil des C. nicht etwa, weil er noch mit 5 Personen concurrirt, die Hälfte, sondern weil diese 5 nur Eine Person dem Stamm nach vorstellen, $\frac{1}{3}$ seiner Intestaterbportion oder $\frac{1}{6}$ von der ganzen Erbmasse, dagegen der Pflichttheil des D. E. F. G. H. die Hälfte der Intestaterbportion eines Jeden, also $\frac{1}{20}$ des Ganzen; s. Höpfner Instit. Comm. § 473., Schweppe Bd. V. § 956., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 490., Francke Notherbenr. S. 221., v. Vangerow l. c. § 475. S. 267., Schömann Handb. des Civilr. Bd. II. S. 75., Braun Erörter. zu Thibaut S. 744. III.

Zu 11) Die Ordnung der zur Querel Berechtigten ist allerdings die der Intestaterbfolge. Es ist aber, um in einem bestimmten Fall pflichttheilsberechtigt zu seyn, nicht immer erforderlich, der nächste Intestaterbe zu seyn, sondern nur, daß kein Pflichttheilsberechtigter vorhanden sey, welcher ein näheres Intestaterbrecht hat, denn es handelt sich hier nur um die Ordnung der Pflichttheilsberechtigten selbst. Ob in dem Fall, wenn Eltern mit vollbürtigen Geschwistern concurriren, erstere ein Vorzugsrecht oder beide gleiches Recht haben, ist streitig. Es tritt da das

eigenthümliche Verhältniß ein, daß erstere als Notherben vor letzteren, welche kein absolutes, sondern nur ein beschränktes und relatives Recht haben, in jure fortiori versiren, weshalb auch Glück l. c. Bd. VII. S. 11. gegen viele von ihm citirte, aber auch mit Zustimmung vieler von ihm angeführter Autoritäten den Satz vertheidigt, welchen neuerlich auch Puchta Lehrb. § 481. und Bluntschli l. c. S. 153. angenommen hat, daß Geschwister, welche nur einer persona turpis gegenüber von den Gesetzen begünstiget sind, § 1. J. 2. 18., dem positiven Recht der Eltern nachstehen müssen. Dawider argumentiren jedoch die Gegner, namentlich v. Vangerow l. c. § 474. not. 2. no. 2., Francke Notherbenr. S. 203., Weber in Höpfners Instit. Comm. § 534. not. *, Schrader Comm. de nexu succ. ab intestato et qu. inofficiosi § 62., wenn die Bedingung — nämlich Einsetzung einer persona turpis — nicht eintritt, so haben die Geschwister gar kein Recht, tritt sie aber ein, so ist ihr Recht eben so gut, als das der Ascendenten. Sollte man aber nicht die aus dieser Ansicht hervorgehende Folge, daß durch den bloßen Zufall der Einsetzung einer persona turpis das Pflichttheilsrecht der Eltern beschränkt werden könnte, indem sie das ihnen gebührende $\frac{1}{3}$ mit den Geschwistern des Erblassers theilen müßten, bedenklich finden?

Zu 12) Eine Ausnahme gilt unstreitig in so ferne, als die Pupillarsubstitution auch auf den Pflichttheil des Unmündigen erstreckt werden kann; l. 8. § 7. D. 5. 2. — l. 26. C. 3. 28. Streitig ist aber, ob in dem Fall, wenn ein Testator mehrere Descendenten hinterläßt, er den Pflichttheil derselben mit einem gegenseitigen Fideicommiß Eines oder des Andern unter ihnen belasten könne? Mehrere bejahen dies mit Bezug auf l. 12. C. 3. 28., Schweppe l. c. Bd. V. § 958., Senckenberg D. de gravamine in legitima cap. 11. Allein die l. 12. cit. verwirft nur die Inofficiositätsklage, die Trebellianische Quart aber, welche damals den Pflichttheil absorbirte, konnte jedes Kind nach den Gesetzen abziehen, effectiv muß ihm also noch immer der Abzug des Pflichttheils zugestanden werden; s. Glück P. C. Bd. VII. S. 78. und die in nota 98. ibid. angeführten Stryck, Pufendorf u. G. L. Böhmer, Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 142.

Auf jede sonst unzulässige Weise, es sey nun durch eine Bedingung, Zeitbestimmung, Verbot der Inventur und eidlichen Manifestation des Nachlasses, Fideicommiß u. dergl., s. l. 32. l. 36. pr. § 1. C. 3. 28., Glück l. c. S. 85., kann der Pflichttheil alsdann beschwert werden, wenn der Testator sich der Socinischen Cautel bedient, nämlich wenn er dem Pflichttheilsberechtigten etwas über den Betrag des Pflichttheils zu-

wendet, dabei aber bedingt, daß er bei Nichterfüllung solcher Auflage die ihm beigelegte Mehrung verlieren solle.

Zu 13) Das Erstere ist ohne Zweifel zu verneinen, denn die Hinterlassung, sowie die Ergänzung des Pflichttheils muß immer aus der Substanz des Vermögens geschehen; l. 36. pr. in f. C. 3. 28., Geiger und Glück merkw. Rechtsfälle Bd. II. no. 16. S. 4. Wenn aber Einige auch behaupten, daß der Pflichttheil nicht auf eine gewisse Sache — geschähe es auch erbeinsetzungsweise — beschränkt werden dürfe, sondern nicht blos der Größe und dem Werth nach, sondern auch den Objecten nach als Quote der gesammten Erbschaft (universitas bonorum) gewährt werden müsse, s. Glück P. C. Bd. VII. S. 117., Wernher Obs. for. P. I. obs. 185., so ist es doch wohl richtiger, nach Nov. 115. c. 5. mit Mühlenbruch l. c. Bd. XXXV. S. 328., Hellfeld Jurispr. for. § 548., Stryck de cautel. test. cap. 17. Membr. 2. § 12. anzunehmen, daß der Pflichttheilsberechtigte die ihm angewiesene Sache allerdings anzunehmen, und nur so weit deren Werth den Betrag des Pflichttheils nicht erreicht, die Ergänzung aus dem übrigen durch Schätzung festzustellenden Erbschaftsvermögen anzusprechen habe; vgl. oben S. 752. Kap. IV. § 1. lit. b. Fr. 4. Der Vater muß hier innerhalb der Gränzen, welche ihm das Notherbenrecht steckt, dieselbe Freiheit haben, wie bei der divisio parentum inter liberos; s. Gmelin u. Elsässer gemeinnützige Beobachtungen u. Rechtsfälle Bd. IV. S. 238.

Es genügt auch, daß der Sohn ausdrücklich zum Erben eingesetzt werde, und ist nicht, wie Einige dafür halten, s. Voet Comm. ad Pand. Lib. V. tit. 2. § 66., Stryck l. c. cap. 17. Membr. 1. § 26., nöthig, daß die Pflichttheilsquote selbst titulo heredis institutionis hinterlassen werde; Mühlenbruch l. c. Bd. XXXV. S. 317 u. 328.

Zu 14) Die Nov. 18. c. 3. verbietet dies ausdrücklich; es muß daher wenigstens vor der Hand so viel, als der Pflichttheil ausmacht, an solche unverzüglich abgegeben werden; Glück l. c. Bd. VII. S. 80.

Zu 15) Die Auth. Excipitur l. 6. C. 6. 60., wo es heißt: excipitur, quod eis datur vel relinquitur ab aliquo parentum conditione hac adjecta, ne ad patrem perveniat ususfructus, hat mehrere Rechtsgelehrte zur Bejahung der aufgeworfenen Frage veranlaßt, s. Mevii Dec. P. VII. dec. 356., Struv. Synt. jur. civ. Ex. 12. th. 5., allein da die Authentiken des Codex nicht anders gelten, als in so fern sie mit der Quelle, aus welcher sie geschöpft sind, übereinstimmen, nach der Nov. 117. aber, aus welcher die vorerwähnte Auth. abgeleitet ist, die Mutter dem Vater den Ususfruct an dem, was sie den Kindern hinterläßt, nur in so weit entziehen kann, als sie überhaupt freie Dispo-

sition über ihren künftigen Nachlaß hat, diese aber durch das Recht des Pflichttheils beschränkt ist, so muß die aufgestellte Frage verneint werden, s. Glück l. c. Bd. VII. S. 80., und dies selbst dann, wenn der Vater ein Verschwender wäre; Leyser Sp. 92. Med. 1.

Zu 16) Die l. 15. D. 37. 4. entscheidet für die Annahme eines Verzichts; s. Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVII. S. 89. Andere concludente Handlungen s. l. 23. § 1. D. 5. 2.

---

§ 4. Querela inofficiosae donationis.

Cod. III. 29. de inofficiosis donationibus. Cod. III. 30. de inofficiosis dotibus.

1) Steht das Rescissionsrecht auch der Wittwe zu, welcher durch lieblose Schenkungen der ihr gesetzlich gebührende Erbtheil entzogen oder geschmälert ist?
2) Es liegt zwar schon in der Benennung dieser Querel, welche überhaupt nur auf Schenkungen unter Lebenden zu beziehen ist, s. v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 288., daß sie bei onerosen Geschäften nicht anwendbar ist, doch können sich bei Geschäften von gemischter Natur Zweifel erheben. Z. B. die Mutter eines unehelichen Kindes, welche ungefähr 500 Thlr. im Vermögen hatte, trat ihr ganzes Vermögen an ihre Geschwister unter der Bedingung ab, daß sie ihr freie Wohnung, Pflege und Unterhalt in gesunden und kranken Tagen gewähren, auch ihr Begräbniß bestreiten sollten, außerdem aber, was sie bei ihren Lebzeiten ihrem unehelichen Sohn zu seinem Fortkommen zufließen zu lassen sich entschließen würde, unweigerlich zu reichen hätten; ihrem unehelichen Sohn selbst aber setzte sie nur 50 Thlr. aus. Drei Monate nach Abschließung dieses Vertrags starb sie, und nun fragt sich, ob der uneheliche Sohn denselben mit der qu. inofficiosi oder etwa der Calvisiana und Faviana act. utilis anfechten könne? — Oder der Vater verkauft seinem einen Sohn sein Gut, welches 12,000 fl. werth ist, für 4,000 fl., so daß dann den andern Kindern nicht der Pflichttheil übrig bleibt?
3) Steht eine Rescissionsklage auch dem Schenker selbst zu, wenn ihm Kinder nachgeboren werden?

4) Geht die Querel nur gegen den Beschenkten und dessen Erben oder auch gegen den dritten Besitzer?
5) Von welchem Zeitpunkt an läuft der Klage die Verjährungszeit, und wie lange dauert diese?
6) Ist zur qu. inofficiosae donationis der Beweis erforderlich, daß der Schenker sie in der Absicht, den Pflichttheil zu verkürzen, vorgenommen habe?
7) Wird durch die Querel die ganze Schenkung rescindirt, oder bewirkt sie nur Ergänzung des Pflichttheils? oder der Intestatportion?
8) Nach welchem Zeitpunkt ist zu bestimmen, ob die Schenkung unmäßig oder inofficios sey?
9) Wenn mehrere Schenkungen nach einander gemacht sind, durch deren letzte eine Verletzung des Pflichttheils herbeigeführt wurde, so fragt sich, ob nur die letzte wegfalle oder an allen ein Abzug pro rata zu machen ist?
10) Findet in Ansehung der Größe des Pflichttheils für Eltern und Geschwister eine Besonderheit bei der qu. inofficios. donat. statt?

Zu 1) Wem die qu. inofficiosi testamenti zusteht, dem muß wohl auch die qu. inoffic. donationis zugestanden werden, mithin auch der armen nicht dotirten Wittwe. Dies ist auch ungeachtet der von Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVI. S. 55. u. Puchta Lehrb. d. Pand. § 491. not. c. geäußerten Bedenken, in der Praxis, wie sie selbst zugestehen, allgemein angenommen; s. Francke Notherbenr. S. 503., Glück Intestaterbfolge § 126. S. 472., Heimbach im Rechtslex. Bd. VIII. S. 163.

Zu 2) Die Entscheidung, s. Schmidt hinterlassene Abhandl. Th. II. S. 246., geht dahin: es könne weder der Inofficiositätsklage noch der act. ad supplendam legitimam da Statt gegeben werden, wo die Verstorbene ihr ganzes Vermögen auf ihren lebenslänglichen Unterhalt und zur Erfüllung der mütterlichen Pflichten zur Unterstützung ihres Sohnes verwendet hat. Eine solche Schenkung, welche zur Vergeltung gewisser Leistungen und Dienste des Beschenkten geschieht, könne nicht als pflichtwidrig angefochten werden; Stryck de caut. test. cap. 17. § 26. Eben so wenig könne die act. Calvisiana und Faviana utilis*) stattfinden,

---

*) Ueber die Anwendbarkeit dieser noch von Glück P. C. Bd. VII. S. 192. für dergleichen Fälle angenommenen Klage s. Mühlenbruch das.

weil deren Voraussetzung hier fehlt, nämlich eine in böslicher Absicht geschehene Verminderung des Vermögens, denn dem Alimentationsvertrag, welcher den Geschwistern der Geberin vielmehr höchst lästig werden konnte, und nur die Sicherung ihres lebenslänglichen Unterhalts bezweckte, läßt sich unmöglich eine bösliche Absicht unterstellen. Jedoch werden die Geschwister der Mutter verbunden erachtet, dem unehelichen Sohn, so lange er sein Brod nicht selbst verdienen kann, und die ihm ausgesetzten 50 Thlr. dazu nicht hinreichen, das nach richterlichem Ermessen Erforderliche zuzuschießen, wie es selbst der Vertrag und die gesetzliche Verbindlichkeit der Mutter zur Ernährung ihres Kindes mit sich brachte. — In dem andern aufgeworfenen Fall hingegen, wo der Vater eine Schenkung in ein Kaufsgeschäft verwebte, muß wohl mit Francke l. c. § 46. einer Klage auf Ergänzung des Pflichttheils aus dem schenkungsweise Weggegebenen stattgegeben werden, gleichwie das R. R. die Anfechtung eines unter Ehegatten zu billig eingegangenen Kaufes gestattet, sobald donationis causa zu wohlfeil veräußert ist; l. 5. § 5. D. 24. 1. — l. 38. D. 18. 1.

Zu 3) Mehrere Rechtslehrer, namentlich Donell. Comm. jur. civ. Lib. 19. c. 11. pag. 110., Voet Comm. ad Pand. Lib. 39. tit. 5. no. 26., welchen Walch Controv. jur. civ. pag. 473. (Ed. 3.) gefolgt ist, und später Thibaut System d. P. R. § 563. (Ed. 8.), sowie v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 496. (154.) zugestimmt haben, sprechen dem Schenker selbst das Revocationsrecht durchaus ab, indem er ein von ihm an Andern begangenes Unrecht nicht selbst rügen könne, und bei seinen Lebzeiten auch seinen Kindern ein Klagrecht nicht zugestanden werden könne, weil eine legitima viventis nicht denkbar sey. Allein l. 5. C. 3. 29., welche Voet l. c. ganz übersehen hat, räumt ausdrücklich dem Schenker selbst die Befugniß ein, von dem verschenkten Vermögen soviel zurückzuziehen, als nöthig ist, um den nachgeborenen Kindern und Enkeln den Pflichttheil zu gewähren, und eine Inofficiositätsklage zu verhüten, was auch mit l. 8. C. 8. 56. harmonirt. Dies hat auch gar nichts Anstößiges, wenn man diese Klage, welche, wie das Gesetz sagt, vielmehr dahin zweckt, einer Inofficiositätsklage abzubeugen, nicht mit der Inofficiositätsklage selbst — mit welcher sie nur Aehnlichkeiten hat,*) verwechselt, sondern sie als eine condictio

---

Bd. XXXVI. S. 39 u. 135., Francke Notherbenr. S. 540., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 482. no. 1.

*) Vergl. hierüber die deutsche Uebersetzung des Corpus juris Bd. V. S. 473. not. 102.

ex lege gelten läßt. Es ist daher nicht nur von älteren angesehenen Rechtsgelehrten, wie Cujac., Rittershus, Wissenbach u. A. m., sondern auch von den neueren fast durchaus anerkannt, daß wegen nachgeborener Kinder die inofficiose Schenkung vom Schenker selbst revocirt werden könne; s. Zimmern u. Neustetel römisch-rechtl. Untersuchungen Bd. I. S. 71., Francke l. c. § 44., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVI. S. 56., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 482. not. 1., Puchta Lehrb. § 484. not. h., Breidenbach im civil. Archiv Bd. XXVIII. S. 37. Dieser Meinung müssen auch die von Mühlenbruch l. c. S. 57. not. 22. ganz irrig in die Reihe der Gegner gestellten Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 971. und Mackeldey Lehrb. § 427. beigezählt werden. Letzterer bestätigt sogar, sowie selbst der wirkliche Gegner Voet l. c. no. 26. in f., desgleichen Höpfner Instit. Comm. § 412. no. 3. u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. no. 92., den Gerichtsbrauch dafür, daß im Fall nachgeborener Kinder dem Schenker selbst die Revocation zustehe.

Zu 4) Diejenigen Rechtslehrer, welche die in Rede stehende Klage ganz der qu. inofficiosi testamenti gleichstellen, nehmen consequent auch an ihr die Eigenschaft einer dinglichen Klage an; Glück P. C. Bd. VII. S. 176., J. H. Boehmer Doctr. de act. Sect. II. c. 3. § 43. Allein es ist dagegen überzeugend ausgeführt, daß selbst jene Inofficiositätsklage in Betreff des Beklagten beschränkt ist, vergl. Glück l. c. Bd. VII. S. 407. Bd. XXXV. S. 356., und daß die Gesetze nur eine Aehnlichkeit, nicht aber eine vollkommene Gleichheit beider Klagen annehmen lassen; Francke Notherbenr. S. 520., Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVI. S. 70., v. Vangerow l. c. § 482. no. 4., Arndts im Rechtslex. Bd. VIII. S. 164. Demnach kann die Klage mit Sicherheit nur gegen den Beschenkten und dessen Erben angestellt werden.

Zu 5) Wenn die Klage von den durch die Schenkung verletzten Kindern angestellt wird, so kann die Verjährungszeit erst vom Tod des Schenkers an gerechnet werden, oder allenfalls von deren Volljährigkeit an; Glück l. c. Bd. VII. S. 177. not. 68. In Ansehung der Dauer der Verjährungszeit würden diejenigen, welche die Klage als condictio ex lege betrachten, wohl eine 30jährige Verjährungszeit statuiren müssen, wogegen aber diejenigen, welche sie nur ad exemplum qu. inoff. testam. behandeln zu dürfen glauben, mit Recht nur eine Zeit von 5 Jahren zur Verjährung dieser Klage erfordern; Glück l. c. Bd. VII. S. 176. not. 65., Francke l. c. S. 534. Das Quinquennium läuft dem Kläger von der Zeit an, wo er im Stande war, bei sorgfältiger Nachforschung über die einschlagenden Werthsverhältnisse seine Verletzung im

Pflichttheil zu überrechnen, mithin nicht erst von dem Moment, wo ihm dieser Unterricht wurde; l. 6. l. 9. § 2. D. 22. 6.

Zu 6) Man muß hier zuvörderst unterscheiden zwischen der Rescission einer ob supervenientiam liberorum inofficiosen Schenkung, und einer den schon vorhandenen Kindern zum Nachtheil gereichenden unmäßigen Schenkung; s. Nov. 92. Im ersten Fall kann der Beweis in Betreff einer Absicht, welche bei noch ungeborenen Kindern nicht einmal denkbar war, auf keinen Fall gefordert werden; Glück l. c. Bd. VII. S. 167. Im anderen Fall ist die Sache zweifelhaft. Man beruft sich für die Nothwendigkeit des fraglichen Beweises vorzüglich auf l. 87. § 3. D. de leg. II. (31.) — l. 1. l. 8. pr. C. 3. 29., wo er allerdings sich als Gegenstand der richterlichen Reflexion durch die Kaiserlichen Rescripte in den zur Entscheidung vorgelegten Fällen bezeichnet findet. Dagegen ist in anderen Gesetzstellen die Voraussetzung böser Absicht gar nicht zu finden, l. 2. 3. 4. 6. 7. C. 3. 29., es ist da nicht um das Motiv — beruhe dieses auf Leichtsinn oder Gehässigkeit — sondern wesentlich um die Sache zu thun,*) wie schon Struv. Synt. jur. civ. Ex. XL. th. 11. u. Pufendorf Obs. jur. univ. T. II. obs. 178. § 5. bemerkt haben, womit auch Glück l. c., Francke l. c. S. 505. u. v. Vangerow l. c. § 482. no. 3. übereinstimmen. So erkannte auch das O. A. G. in Dresden; s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1850. S. 478. Die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung, besonders Kritz in den exegetisch-prakt. Abhandl. no. 5. S. 134., Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVI. S. 74. und die dort angeführten Gewährsmänner, welche gegen eine zu große Beschränkung der Dispositionsfreiheit eines homo sui juris eifern, machen übrigens die Absicht wenigstens nicht zum Gegenstand einer Beweisauflage, sondern des richterlichen Ermessens nach Beschaffenheit der Umstände. Geht die Querel von einem im Testament ausgedrückten Anerkenntniß einer Forderung aus, so kann dieses Geständniß an sich zwar keinen Beweisgrund gegen den Pflichttheilsberechtigten bilden, der Querulant muß aber immerzu beweisen, daß in jenem Anerkenntniß in der That eine Vermögensverminderung des Erblassers aus Liberalität liege; Nov. 18. pr. — Nov. 118. c. 3. pr. — Nov. 1. pr. § 2., Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1846. S. 387., v. J. 1850. S. 305.

Zu 7) Die verschiedenen Meinungen hierüber spalten sich zunächst in zwei Extreme, nämlich

---

*) Daß auf die Absicht des Schenkers nichts ankommen soll, bestimmt auch das Preuß. Landr. Th. I. tit. XI. § 1113., das Oesterreichische Civilgesetzbuch § 951., Code Napoleon Art. 921—930.



I. daß diese Klage nach l. 9. C. 3. 29. der qu. inofficiosi testamenti ganz gleich sey, mithin durch sie stets die ganze Schenkung,*) und

II. daß sie immer nur usque ad supplementum legitimae rescindirt werde. Die letztere Meinung kann als die herrschende angenommen werden; s. Cocceji jus controv. tit. de donat. qu. 9. § 9., Pufendorf Obs. T. II. obs. 178., Lauterbach de querela inofficiosae donationis, Glück P. E. Bd. VII. S. 158., Kritz exegetisch-prakt. Abhandl. S. 111., Francke Notherbenr. S. 521., Thibaut System § 563., Puchta Lehrb. d. Pand. § 484., Geiger u. Glück merkw. Rechtsfälle Bd. III. S. 161. § 9. Sie ist am vollständigsten unter Zusammenstellung der Gründe für und wider deducirt von v. Vangerow Pand. Bd. II. § 482. II. u. Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVI. S. 97.; s. auch Braun Erörter. zu Thibaut § 904. Wohl wird nicht leicht eine Schenkung unter Lebenden als gänzliche Ausschließung vom Pflichttheil betrachtet werden können, wie Puchta l. c. bemerkt, und so muß denn immer die Analogie der Ergänzungsklage angenommen werden.

Zwischen diesen beiden Hauptmeinungen liegen übrigens viele Modificationsversuche einzelner Rechtsgelehrten in der Mitte; z. B. a) daß die Schenkung in dem Fall ganz zu revociren sey, wenn sie an einen Fremden und in der Absicht, die legitima zu verkürzen, geschah, Covarruvias var. resol. Lib. I. res. 19. no. 12., A. Costa ad J. tit. de inoffic. testam. § 3., oder b) ohne weiteren Unterschied, wenn die Schenkung an wen immer mit der pflichtwidrigen Absicht ertheilt wurde; Brunnemann ad l. 1. C. de inoff. donat., Perez ad C. tit. de inoff. donat. no. 4 u. 8. — c) Andere unterscheiden, ob zur Zeit der Schenkung schon Pflichttheilsberechtigte vorhanden waren, und lassen dann die Schenkung nur usque ad legitimam, wenn jene aber erst nachher geboren wurden, gänzlich revociren; Cujac. Obs. Lib. V. Obs. 14. — d) Zimmern in s. u. Neustetels römisch-rechtl. Untersuchungen Bd. I. S. 58 rc. modificirt also: die lädirten Kinder, denen zur Todeszeit des

---

*) Faber Conject. Lib. 3. c. 27., G. L. Boehmer Electa jur. civ. T. I. Ex. 8., J. H. Boehmer Doctr. de action. Sect. II. c. 3. § 41., Thomasius D. de legitima viventis, Wernher de revocand. donat., Gebr. Overbeck Medítt. Bd. I. S. 106. Unter den Neueren ist noch zu bemerken: Breidenbach im civil. Archiv Bd. XXVII. S. 338. u. Bd. XXVIII. S. 28., dessen Ausführung dahin geht, daß nicht nur im Vorjustinianeischen Recht, sondern auch in Justinian's Gesetzgebung die Rescission bis zum Betrag der Intestatportion angenommen sey.

Erblassers nichts übrig geblieben ist, können dem beschenkten Fremden Alles, solchen Beschenkten aber, welche selbst mit ihnen ab intestato erben würden, nur den Betrag ihrer Intestaterbportion abnehmen; dagegen solche Kinder, welche bei Lebzeiten nach Berechnung der Nov. 92. verletzt waren, welchen aber beim Tod des Schenkers etwas übrig geblieben ist, haben nur mit Einrechnung dessen, was sie noch erhalten, eine Klage auf Ergänzung des halben oder Drittel-Antheils dessen, was ihnen ab intestato zugekommen wäre, wenn der Schenker vor der übermäßigen Schenkung gestorben seyn würde. — e) Einfacher modificirt Schweppe l. c. Bd. V. § 971., Mackeldey Lehrb. Bd. II. § 427. u. Struben rechtl. Bedenken Bd. V. S. 266. dahin: wenn dem Pflichttheilsberechtigten gar nichts hinterlassen ist, dann kann er Alles, was ihm ab intestato gebührt hätte, — wenn nur etwas, blos die Ergänzung der legitima fordern; vergl. übrigens Kap. XII. donatio mortis causa. Fr. 8.

Zu 8) Darüber ist kein Zweifel, daß hierbei zwei Momente in das Auge gefaßt werden müssen, nämlich a) der Zeitpunkt der Schenkung; das Vermögen darf nämlich durch die Schenkung nicht so weit erschöpft werden, daß der Pflichttheil nicht im Vermögen des Schenkenden zurückbleibt. Zufällige Verminderungen, welche die Folgezeit am Vermögen herbeigeführt hat, werden nicht beachtet, Nov. 92. c. 1. pr.; hiernächst b) die Zeit des Todes, denn erst aus dem Nachlaß, welcher sich bis dahin auch vermehrt haben kann, gebührt der Pflichttheil. Der Pflichttheilsberechtigte muß also soviel erhalten, daß er den Pflichttheil aus dem Nachlaß und aus dem Verschenkten, beides zusammengerechnet, hat. Z. B. A., welcher bei einem Vermögen von 8000 fl. 5 Kinder hatte, verschenkt 5000 fl. und hinterläßt am Ende seiner Tage 4000 fl. — Rechnet man nun die verschenkten 5000 fl. hinzu, so beträgt der Pflichttheil, als die Hälfte von 9000 fl., die Summe von 4500 fl., der Beschenkte muß also 500 fl. zurückgeben. Ueber diese Berichtigung der von Glück l. c. Bd. VII. S. 97. angestellten Berechnung s. Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVI. S. 119., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 482. I. b., Francke Notherbenr. S. 510. Wird dagegen das Vermögen durch Unfälle vermindert, so findet der obenbemerkte Grundsatz statt, daß solche Unfälle nicht in Betracht kommen, wenn gleich im umgewandten Fall immer behauptet werden muß, daß den Kindern auch von der Vermehrung des Vermögens eben so gut der Pflichttheil gehört, wie von dem, was der Erblasser früher hatte. Für jenen Fall des partiellen Vermögensverlustes dient folgende Exemplification: A. hat 2 Söhne und verschenkt von 12,000 fl. Vermögen 8000 fl., salvirt also den Pflichttheil der Söhne durch Zurückbehaltung von 4000 fl. Durch Unfälle

verliert er aber in der Folge 3000 fl., so daß bei seinem Tod nur noch 1000 fl. übrig sind. Hier müssen sich die Söhne mit den 1000 fl. begnügen, denn da die Schenkung zur Zeit ihrer Errichtung nicht inofficios war, so kann sie es auch durch zufällige Vermögensminderung nicht werden. Wie ist es aber in dem Falle zu halten, da eine anfängliche Verletzung des Pflichttheils durch spätere Vermögensmehrung wieder vollständig aufgewogen war, nachher aber durch die Umstände dieser Vermögenszuwachs wieder consumirt worden ist, so daß die Notherben beim Tod des Schenkers nicht mehr so viel vorfinden, als ihr Pflichttheil zur Zeit jener älteren Schenkung betragen hätte, können sie dann jene Schenkung anfechten? Arndts l. c. S. 167. findet die Verneinung der Consequenz gemäß, weil der Grund der Verkleinerung des Pflichttheils nun nicht mehr in der ursprünglich pflichtwidrigen Schenkung, deren pflichtwidriger Charakter durch die spätere Vermögensmehrung beseitigt war, sondern in der späteren zufälligen Vermögensminderung liegt, welche nicht das Recht giebt, eine frühere Schenkung anzufechten. Noch einige Beispiele s. Glück P. C. Bd. VII. S. 99. Bd. XXXVI. S. 137., vergl. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 496. (153.)

Zu 9) Die Meinung einiger älterer Rechtslehrer, welcher noch Voet Comm. ad Pand. Lib. 39. tit. 5. § 38. und Walch Controv. jur. civ. pag. 476. — obwohl gegen seine eigene frühere in der Diss. de praescr. querelae inoffic. donat. § IV. vid. Opusc. T. I. pag. 297. ausgesprochene Meinung — beigetreten ist, daß die sämmtlichen successiv gemachten Schenkungen pro rata den Abzug leiden müßten, kann aus den Gesetzen, welche deren Vertheidiger für sich anführen, l. 3—6. D. 5. 2. — l. 8. C. 3. 29., nicht bewiesen werden, es bleibt daher nach der übereinstimmenden Ansicht der Neueren bei dem Grundsatz, daß nur diejenige Schenkung angegriffen werden könne, in deren Folge der Pflichttheil nicht mehr frei geblieben ist, daher nur gleichzeitige Schenkungen, wenn sie die gemeinschaftliche Folge der Verletzung des Pflichttheils haben, nach der Analogie pflichtwidriger Vermächtnisse pro rata rescindirt werden können; s. Francke Notherbenr. S. 512., Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVI. S. 120., v. Vangerow l. c. § 481. S. 289.

Zu 10) Die singuläre Meinung, welche Zimmern in s. u. Neustetels römisch-rechtl. Untersuchungen Bd. I. S. 75. aufstellt, daß hier der Pflichttheil für Eltern und Geschwister noch die alte Quart bleibe, hat wohl in Praxi nicht Eingang gefunden; s. dagegen Mühlenbruch l. c. S. 116., v. Vangerow l. c. S. 290., Francke das Recht der Notherben S. 508., vergl. den vorigen § 3. Nr. 6.

Kapitel V.

Von Aufhebung der Delation einer Erbschaft und deren Folgen.

§ 1. Durch den Tod des Delaten — s. g. Transmissionsfälle.

Abgesehen vom vertragsmäßigen Erbrecht und von dem besonderen Verhältniß der heredes sui et necessarii mußte aus dem Grundsatz, daß zur Erwerbung einer Erbschaft erst ein förmlicher Willensact erfordert wird, quia hereditas nondum adita non transmittitur ad heredes, daß aber die Erwerbung oder Zueignung nur von dem geschehen kann, welchem die Erbschaft durch das Gesetz oder durch den letzten Willen deferirt ist, *) die unvermeidliche Folge entstehen, daß, wenn der Delat ohne wirkliche Adquisition stirbt, das erwerbsberechtigte Subject fehlte. Dafür, daß ein Anderer in die Delation succediren könne, mußte also durch besondere Gesetze gesorgt werden, aus welchen sofort die verschiedenen Transmissionsrechte,

a) ex capite restitutionis,
b) transmissio Theodosiana,
c) transmissio Justinianea,

hervorgegangen sind. Es fragt sich,

1) was für Ursachen sind für hinlänglich anzusehen, um die Transmission ex capite restitutionis zu begründen?
2) Die transmissio Theodos. hatte bekanntlich ihren Entstehungsgrund daher, daß nach dem älteren Recht der Erbe ante apertas tabulas die Erbschaft nicht antreten, folglich auch, wenn er in der Zwischenzeit starb, nicht auf seine Kinder transmittiren konnte, weshalb diesen durch ein Ausnahmsgesetz zur Transmission geholfen werden mußte. Dieser Grund fiel zwar durch die Justinianeische Gesetzgebung, welche gedachtes Hinderniß aufhob, hinweg, indessen behielt Justinian doch in l. 1. C. 6. 52. die transm. Theod. bei. Nun entstanden unter den Rechtslehrern mehrere Streitfragen:

---

*) Abgesehen nämlich von dem Einfluß der väterlichen Gewalt, wenn einem filius familias, desgl. einem filius familias infans eine Erbschaft anfällt; l. 8. C. 6. 60. — l. 18. § 1. C. 6. 30.

a) Findet dieses Transmissionsrecht auch auf die Intestaterbfolge Anwendung?
b) Sind in diesem Ausnahmsgesetz auch Adoptivkinder zu begreifen?
c) Ist dieses Transmissionsrecht eigentlich eine substitutio legalis, so daß dasselbe auch sogar dann stattfände, wenn der eingesetzte Erbe nicht einmal den Anfall der Erbschaft erlebt hat?
d) Findet es auch Statt, wenn der Delat erst nach Eröffnung des Testaments gestorben ist?
e) Muß der entferntere Descendent, um von dem Transmissionsrecht Gebrauch machen zu können, wirklich Erbe seines hinwegfallenden Ascendenten geworden seyn?
f) Findet dasselbe auch dann statt, wenn ein Ascendent seinen Descendenten zum heres ex asse ernannt hat? und leidet es auch auf heredes suos Anwendung? oder auch
g) auf nondum conceptos?
h) Ist dasselbe auch auf vertragsmäßiges Erbrecht anwendbar?

3) Die transmissio Justinianea ist bekanntlich für den Fall, wenn der eingesetzte Erbe binnen einem Jahr nach der ihm bekannt gewordenen Erbschaftsdelation oder noch vor Ablauf der von ihm gebetenen und erlangten Deliberationsfrist stirbt, ohne sich erklärt zu haben, dessen Erben in so weit gewährt, daß sie noch den noch übrigen Rest der Jahres- oder Deliberationsfrist zur Erbschaftsantretung benutzen können; l. 19. C. 6. 30. Dieses Transmissionsrecht gilt unbestritten für die Intestat- wie für die testamentarische Erbfolge, und es wird dadurch eigentlich nur das Deliberationsrecht in seiner gesetzlichen Zeitgränze auf die Erben transmittirt. Es entstanden aber hierüber folgende Fragen:
a) Wenn der eingesetzte Erbe in einer ihm im Testament zur Erbschaftsantretung vorgeschriebenen Frist sich nicht erklärt hat, und im Lauf derselben verstarb, findet dann auch eine Transmission auf seine Erben statt?
b) Da im Gesetz vorausgesetzt ist, daß der Erbe in Kenntniß von der ihm widerfahrenen Erbschaftsdelation gelangt sey, weil ihm sonst die Deliberationsfrist nicht hätte anfangen können, muß nicht doch dasselbe Transmissionsrecht auch dann gelten, wenn er in Unkenntniß von der Erbschaftsdelation gestorben ist?

4) Wenn einem Erben zwei Erbtheile, der eine unbedingt, der andere bedingt hinterlassen ist, die Bedingung des letztern aber erst nach seinem Tode in Erfüllung geht, haben dann seine Erben Anspruch an diesen Erbtheil?

5) Schließt derjenige, welcher vermöge Transmissionsrechts die Erbschaft noch erwerben kann, auch den substituirten Erben aus?

Zu 1) Unzweifelhaft findet dieses Transmissionsrecht nur dann Statt, wenn der Erblasser durch ein rechtliches Hinderniß l. 3. § 30. l. 4. D. 29. 5. — l. 4. § 3. l. 5. D. 37. 4. — l. 12. D. 37. 10. — l. 84. D. 29. 2. — außer Stand gesetzt war, die Erbschaft zu erwerben, welches sich erst nach seinem Tod gehoben hat, außerdem ob absentiam reipublicae causa l. 30. pr. l. 86. pr. D. 29. 2. Daß aber auch jedes factische Hinderniß, also jede absentia, und da in dieser ignorantia juristisch mit begriffen ist, jede Unwissenheit der Delation hinreichen soll, überhaupt eine Restitution ex clausula Praetoris generali, welche der verstorbene Erbe seiner Unterlassung wegen hätte suchen können, nun dessen Erben zu Gute komme, ist zwar eine häufig vorkommende,*) aber sehr gewagte Behauptung.**)

Zu 2)

Zu a) Einige halten diese Ausdehnung nach der Gestalt, welche dieses Transmissionsrecht in Justinians Gesetzgebung genommen, für zulässig, s. Puchta Pand. § 503. S. 667., Löbenstern in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 212., man wird aber wohl dieselbe weder mit dem Gesetz vereinbar, noch im neuesten Recht ein Bedürfniß dazu finden; s. v. Löhr in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. VII. S. 118, v. Vangerow im civilist. Archiv Bd. XXV. S. 470., Sintenis Civilr.

---

*) S. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 547. (271.), Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 71., Braun Erörter. zu Thibaut § 675., Steppes die Transmission S. 59., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 877. not. 1.

**) Höpfner Instit. Comm. § 516. not. 4., Thibaut Versuche Bd. II. S. 182., v. Vangerow im civilist. Archiv Bd. XXIV. S. 187., v. Buchholz jurist. Abhandl. no. 2., G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. Abth. I. no. 127., die restitutio ex clausula Praetoris generali tritt nur bei Hindernissen in eigenen Rechtshandlungen ein, und kann nicht wegen Hindernissen, die ein factum tertii betreffen, oder ex persona alterius gesucht werden. Die l. 86. D. 29. 2. beschränkt sich blos auf die Restitution ob absentiam reipublicae causa.

Bd. III. S. 687. not. 9., Thibaut Versuche Bd. II. S. 181., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLIII. S. 215.

Zu b) v. Löhr l. c. S. 119. bejaht diese Frage zu Gunsten des arrogatus und plene adoptatus durante adoptione, aber die Intention des Gesetzgebers erscheint wörtlich nur auf das blutsverwandtschaftliche Verhältniß gerichtet, und jura singularia dürfen wohl nicht ausdehnend interpretirt werden; s. v. Vangerow l. c. S. 490., welcher dies als die von jeher herrschende Lehre bezeichnet. Dagegen ist jedoch Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLIII. S. 213.

Zu c) Mehrere bejahen diese Frage, s. Hugo Lehrb. d. h. R. R. S. 163., v. Löhr im civilist. Archiv Bd. II. S. 192. und in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. VII. S. 105., v. Buchholz jurist. Abh. no. 2., Marezoll in Linde's Zeitschr. l. c. S. 61., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 877. Allein dem Transmissionsrecht blos deswegen den Begriff einer Substitution unterzuschieben, weil die Wirkung ungefähr dieselbe ist, läßt sich schwerlich rechtfertigen, wenn man dadurch in Widerspruch mit den anerkanntesten Rechtsprincipien geräth, wonach ante delatam hereditatem unmöglich von einer Transmission die Rede seyn kann; s. Braun zu Thibaut S. 618., Steppes die Transmission d. Erbschaft S. 40., Löbenstern in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 198., Puchta Lehrb. § 503. S. 666., v. Vangerow l. c. S. 443., Huschke in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. IX. S. 57. Damit stimmen überein die Erk. d. O. A. Ger. in Wiesbaden, s. Seuffert Archiv Bd. VI. S. 321., das O. A. Ger. in Cassel, s. Strippelmann Samml. Bd. VI. S. 588. und das O. A. Ger. in Darmstadt, s. Elvers Archiv Bd. II. H. 3. S. 504., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLIII. S. 208.

Zu d) Die nach vorstehender Bemerkung wohl nicht mehr gangbare Idee einer gesetzlichen Substitution hat auch auf diese Streitfrage eingewirkt, und zu deren Bejahung geleitet, s. Sintenis l. c. S. 686. § 204., Braun zu Thibaut S. 618. no. 2., Huschke in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. IX. S. 53., v. Löhr das. N. F. Bd. VII. S. 116. und hat an Cujac. einen bedeutenden Vorgänger, s. Parat. in Cod. Lib. VI. tit. 52., wogegen v. Vangerow l. c. S. 462. unter Anführung der Literatur über diese Streitfrage die verneinende Entscheidung älterer und neuerer Rechtslehrer in dem bestimmten Ausdruck der l. Theod. begründet, und auch im Justinianeischen Recht keinen Grund zur Abänderung findet.

Zu e) v. Vangerow l. c. interpretirt die l. Theod. für die verneinende Entscheidung, gibt aber zu, daß die bejahende Meinung von

jeher die meisten Vertheidiger gefunden habe. Für diese scheint folgendes Argument entscheidend: die Tendenz des Gesetzes geht unstreitig dahin: daß der unerwartete Tod des eingesetzten näheren Descendenten, welcher dadurch an dem jus adeundi verhindert wurde, dem entfernteren nicht schaden soll. Die zufällige Verhinderung des Erstern kann aber dann dem Letzteren nicht schaden, wenn er jenen nicht beerben will, von dessen Vermögen das Transmissionsrecht einen Theil ausmacht, denn wenn derselbe auch unverhindert war, vielmehr wirklich antrat, so konnte der Descendent ja doch nichts bekommen, wenn er den Ascendenten nicht beerbte; s. Braun zu Thibaut S. 619. Mehrere Gründe s. Huschke l. c. S. 58., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLIII. S. 214.

Zu f) Nach der herrschenden Meinung ist es 1) einerlei, ob der Descendent heres ex asse oder pro parte geworden ist; s. v. Vangerow l. c. S. 481., Sintenis l. c. S. 687. not. 9.

2) Instituirte Sui stehen den Anderen gleich, indem das Gesetz allgemein von liberis spricht; Sintenis l. c., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLIII. S. 212.

Zu g) Da zum Transmissionsrecht nur die Eigenschaft eines wirklichen Descendenten erfordert wird, so war auch unter den älteren Rechtsgelehrten, wie v. Vangerow l. c. S. 480. bemerkt, gar kein Dissens hierüber. Nur die nach obigem wohl nicht mehr gangbare Idee von Substitution hatte Zweifel erzeugt, da man freilich ein nicht existirendes Geschöpf weder instituiren noch substituiren kann.

Zu h) Wenn der Vertragserbe den Erblasser überlebt hat, so transmittirt er ohne Zweifel sein nicht erst durch den Tod des Letzteren, sondern schon durch den Vertrag erworbenes Erbrecht auf seine Erben, s. Eichhorn deutsch. Privatr. § 344. Es wird aber auch dann, wenn er vor dem Erblasser starb, der Eintritt seiner Erben hier und da behauptet; s. Cod. Jud. Bavar. Th. III. Kap. I. no. 14., was zuweilen in der Natur des vorliegenden Erbvertrags gegründet seyn, Eichhorn l. c., aber gewiß nicht allgemein und nicht ohne den erkennbaren Willen der Contrahenten angenommen werden kann; s. Maurenbrecher d. Privatr. Bd. II. S. 322., Mittermaier d. Privatr. Bd. II. § 454. (Ed 6.) S. 513. Die Literatur über diese Frage s. v. Bülow u. Hagemann Erörter. Bd. IV. no. 71., vergl. Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLIII. S. 203.

Zu 3) Justinian hat den

zu a) bezeichneten Fall in der l. 19. cit. unberührt gelassen. Es kann demnach wohl keine andere Folge eintreten, als die Unmöglichkeit

einer Transmission, wenn die testamentlich bestimmte Deliberationsfrist hindurch keine Erbschaftsantretung erfolgt ist, s. Thibaut Versuche Bd. II. S. 186., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLI. S. 326., Puchta Lehrb. § 495. no. 4., ausgenommen, wenn der eingesetzte Erbe sich noch bei Lebzeiten ein tempus deliberandi vom Richter erbeten hätte, welches bei seinem Tode noch im Lauf war; l. 22. § 13. C. 6. 30. A. M. ist Koch Diss. de herede deliberante. Giess. 1783. § 6., welcher zwischen der vom Testator bestimmten und der gesetzlichen oder richterlichen Deliberationsfrist keinen Unterschied findet. Ambigendum non est, quin et idem proferendum sit ad illum casum, si ipse testator spatium deliberandi praescripsit,*) womit v. Vangerow übereinstimmt, s. civilist. Archiv Bd. XXIV. no. 5.

Zu b) Wohl muß vernünftiger Weise hier dasselbe gelten, wenn aber auch der Fall nicht der transmissio Justinianea zu subsumiren wäre, wie v. Vangerow im civilist. Archiv Bd. XXIV. S. 153. zu deduciren bemüht war, so bleibt es in diesem Fall ganz bei dem alten Recht, nämlich der Transmission ex capite restitutionis; s. Thibaut Versuche Bd. II. S. 135, Puchta Lehrb. § 504., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLI. S. 326. not. 12.

Zu 4) Hierüber entscheidet l. 53. pr. D. 29. 2. bejahend aus dem Grund der Unzertrennlichkeit; s. l. 2. D. 29. 2.

Zu 5) Gewiß ist die Ausschließung des heres substitutus eine nothwendige Folge jeder Transmission, und wenn v. Quistorp in den rechtl. Bemerkungen Bd. II. no. 30. und Crell Diss. utrum herede instituto intra tempus deliberandi mortuo substitutus admittatur, Vitemb. 1734. aus l. 72. D. 29. 2. das Gegentheil abnehmen, so finden sie ihre Widerlegung in der Bemerkung, daß die l. 72. die Frage nur nach älterem Recht entscheidet, welches sich seit Einführung der Transmissionen von selbst ändert; s. Thibaut Versuche Bd. I. S. 246., Zimmern im civilist. Archiv Bd. IX. S. 357., v. Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. II. no. 13., Mackeldey Lehrbuch § 691. not. 4.

---

*) Diese Meinung scheint wenigstens in dem Fall gegründet, wenn die Vorschrift des Testators blos als nudum praeceptum erscheint, das Gegentheil aber dann zu behaupten, wenn es dem Erben zur Bedingung gemacht war, unter welcher er nur Erbe werden soll. Hat er dann diese, so lang er lebte, nicht erfüllt, so kann er wohl nichts transmittiren. —

§ 2. Vom Anwachsungsrecht.

Cod. VI. 51. de caducis tollendis. Cod. VI. 10. quando non petentium partes petentibus adcrescant.

1) Das Anwachsungsrecht der Erben entspringt ganz unabhängig von dem Willen sowohl des Erblassers*), als des Erben aus dem Rechtsbegriff eines successor universalis, welcher die Erbschaft als ideales Ganzes erwirbt, und dessen Recht durch die auf gleiche Weise Mitberufenen blos beschränkt, bei deren Hinwegfallen aber unbeschränkt wird.

   Da demnach die Erwerbung ipso jure unwillkührlich von Statten geht, so ist die regelmäßige Folge, daß ein Ausschlagen des accrescirenden Erbtheils, wenn er gleich vielleicht wegen der darauf gelegten Legate oder anderer Lasten unwillkommen seyn kann, dem Erben, welcher einmal seinen Erbtheil angenommen hat, nicht mehr möglich ist; l. 35. pr. l. 53. § 1. D. 29. 2. — l. un. § 10. C. 6. 51. Welche Fälle sind indessen von dieser Regel ausgenommen?

2) Wenn ein Erbe nach Erwerbung der Erbschaft gestorben ist, und hierauf ein Miterbe wegfällt, ohne angetreten zu haben, tritt dann auch in der Person des Erbeserben das Anwachsungsrecht ein?

3) Kommt auch dem Käufer einer Erbschaft eine seinem Verkäufer erst nach dem Verkauf durch Accrescenzrecht anfallende Portion zu?

4) Gebührt das Accrescenzrecht auch der armen Wittwe? auch den Concubinenkindern?

5) auch den auf den Pflichttheil eingesetzten Notherben, wenn einer von denselben vor der Antretung der Erbschaft stirbt, oder seinen Antheil ausschlägt?

6) Da bei Berechnung des Pflichttheils das enterbte und auch das verzichtende Kind mitgezählt werden muß, wenn es gleich nichts erhält, so fragt sich, wem dieser vacante Theil zuwachse?

7) Wenn einer der Intestaterben den Erblasser durch List oder Zwang vermocht hat, ihn allein zum Erben einzusetzen, oder

*) Hierin liegt der Unterschied zwischen dem Anwachsungsrecht der Erben und der Legatare. Sowie jenem das Gesetz, so liegt diesem blos der Präsumtivwille des Testators, welcher aus einer Conjunction geschöpft wird, zum Grund. Bei Erben hat die Conjunction nur einen modificirenden Einfluß. — Von dem Anwachsungsrecht bei einem Universalfideicommiß s. Kap. IX.

den Testirer genöthigt hätte, ein anderes Testament zu machen, um einen größeren Erbtheil zu gewinnen, fällt dann dessen Intestatportion dem fiscus anheim, oder accrescirt sie den übrigen Intestaterben?

8) Die Wirkung des Anwachsungsrechts ist zwar bei der testamentarischen ähnlich so, wie bei der gesetzlichen Erbfolge, daß die Portion des Wegfallenden so vertheilt wird, wie wenn derselbe gleich anfänglich nicht berufen worden wäre; die Gestaltung dieser Folge aber richtig aufzufassen, wird gleichwohl schwierig durch die verschiedenen Arten der Conjunction, welche ein Testator vorgenommen haben kann.*) Mehrere in einer Einheit (Erbmasse) Honorirte bilden wohl von selbst ein natürliches Einheitsverhältniß, und es hat da keine Schwierigkeit, daß sich durch das Wegfallen eines von diesen Mitberechtigten die Quote der Uebrigen gleichheitlich mittelst dessen Theils vergrößert; l. 63. D. 28. 5. — l. 17. § 1. u. 4. D. eod. — l. 59. § 3. l. 13. § 3. D. eod.

Hat nun aber der Erblasser unter dieser Mehrheit der Erben wieder Einzelne durch Verbindung in ein specielleres einheitliches Verhältniß gebracht, so entsteht die Frage über das vorzugsweise Anwachsungsrecht. Man unterscheidet folgende Conjunctionsarten:

a) wenn die mehreren Honorirten**) (Erben oder Legatare) in demselben Satze zu derselben Erbschaftsquote oder Sache ohne Zufügung einer Theilbestimmung berufen sind: re et verbis conjuncti.

b) wenn von mehreren Honorirten Jeder auf dieselbe Sache oder Quote,***) aber in verschiedenen Sätzen eingesetzt ist — cf. l. 15. D. 28. 5. — re tantum conjuncti.

---

*) Den Begriff von Conjunction entnehmen wir aus l. 80. D. de leg. III. (32.) conjunctim heredes institui, aut conjunctim legari, hoc est: totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.

**) welche auch unter einem Collectivnamen zusammengefaßt seyn können, s. gegen Schneider das altcivile u. Justinianeische Anwachsungsrecht S. 269. vielmehr Mayer das Anwachsungsrecht S. 120. u. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 496. S. 334.

***) Z. B. bei folgender Erbeinsetzung: Titius ex parte dimidia heres esto; Sejus ex parte, qua Titium heredem institui, heres esto, Sempronius ex parte dimidia heres esto, wurde gefragt: sind hier 3 Hälften gemacht, oder ist Titius mit dem Sejus auf dieselbe Hälfte eingesetzt? Das

c) wenn die Mehreren zwar in demselben Satze zu derselben Quote oder Sache, aber mit Theilbestimmung berufen sind verbis conjuncti: z. B. Titio et Sejo fundum aequis partibus lego; l. 89. D. de legat. III. (32.)*)

Der dritte Fall unterscheidet sich wesentlich von dem ersten dadurch, daß hier keine Solidaransprüche concurriren, sondern Jeder von Anfang schon auf etwas Besonderes angewiesen ist; deshalb kann man sie nicht als re conjuncti betrachten; denn re conjuncti nimmt Justinian in l. un. § 11. C. 6. 51. nur da an, wo sermo testatoris solidum assignare videtur.

Diese verschiedenen Conjunctionsarten**) veranlassen die Frage: ob, wenn ein conjunctus wegfällt, dessen Theil den re et verbis oder auch den blos re conjunctis, oder endlich auch den bloßen verbis conjunctis zufällt?

9) Bekanntlich kommt, was ein zur zweiten Ehe geschrittener parens dem zweiten Ehegatten zu Gunsten über die gesetzliche Gränze hinaus disponirt, den aus den vorigen Ehen entsprungenen Kindern zu Gute. Wenn nun eines derselben ausfällt, accrescirt sein Antheil hieran nicht wenigstens dann dem Stiefparens, wenn das Kind zu dessen Gunsten auf die Accrescenz Verzicht geleistet hätte? und accrescirt den in ungleiche Größen eingesetzten Kindern der Ueberschuß, welcher

---

Letztere mußte als das wahrscheinlichere gelten, mithin sind Titius u. Sejus re conjuncti; l. 142. D. 50. 16.

*) Doch möchte, wie in der Folge Kap. X. § 10. vom Accrescenzrecht der Legatare weiter in Betrachtung gezogen ist, die Art und Weise, wie man sich in der deutschen Sprache auszudrücken pflegt, eine Modification nöthig machen. Eine Berufung mit Theilbestimmung ist es gewiß, wenn der Testator sagte: A. soll 1/3 meines Gartens erhalten, B. 2/3. Fällt hier Einer aus, so kommt dieser Ausfall der ganzen Erbmasse zu Gute. Wenn aber der Testator sagte: dem A. u. B. verschaffe ich meinen Garten gleichheitlich oder zu gleichen Theilen, so denkt wohl Niemand etwas Anderes dabei, als daß Beide zu einem Ganzen berufen sind, ihnen also auch gegenseitig das Accrescenzrecht zukommt.

**) Von dieser Darstellung, s. Mackeldey Lehrb. § 699. und v. Vangerow l. c., einigermaßen abweichende Ansichten, z. B. Baumeister das Anwachsungsrecht S. 158. u. 168., Hunger das röm. Erbrecht S. 272., bleiben hier, um nicht durch Vermengung der Theorien Verwirrung zu erzeugen, außer Betrachtung.

dem Stiefparens abgenommen wird, nach Proportion ihrer testamentarischen Erbtheile oder nach Kopftheilen?

Zu 1) Die Gesetze lassen folgende Ausnahmen zu:

a) Wenn ein heres suus abstinirt, nachdem sein Miterbe schon angetreten hat, so hat dieser noch die Wahl, ob er den ihm nun accrescirenden Theil des suus annehmen, oder die ganze Erbschaft aufgeben will; l. 55. l. 56. D. 29. 2.

b) Wenn ein Erbtheil durch Restitution gegen die Erbschaftsantretung vacant wird, so steht es den Miterben frei, ihn den Gläubigern zu überlassen; l. 61. D. 29. 2.

Zu 2) Allerdings; s. l. 26. § 1. D. 35. 1. — l. 9. D. 38. 16. — l. un § 10. C. 6. 51. — v. Vangerow Pand. Bd. II. § 494. no. 4.

Zu 3) Ueber diese Streitfrage führt Glück P. C. Bd. XVI. S. 341. rc. fünferlei Meinungen, und für die seinige: daß der Käufer auf das Product des Anwachsungsrechts keinen Anspruch machen könne, in not. 12. einen Phalanx angesehener Rechtsautoritäten an, welchen auch noch v. Wening-Ingenheim Lehrbuch Th. III. § 514. (189.), Schweppe röm. Privatr. § 867., Baumeister vom Anwachsungsrecht S. 121. gefolgt sind. Die Anhänger dieser Meinung sehen die Frage zunächst als quaestio facti an: semper in stipulationibus et caeteris contractibus id sequimur, quod actum est, et si non appareat, quid actum sit, ad id, quod minimum est, redigenda summa est, l. 34. D. 50. 17., wonach das, woran zur Zeit des Verkaufs nicht gedacht wurde, auch nicht wohl in diesem begriffen erachtet werden könne; l. 2. § 1. D. 18. 4. — dem Erben nur könne accresciren, nicht dem Käufer der Erbschaft, welcher dadurch doch nimmermehr Erbe werden, sondern nur die Vortheile der Erbschaft erlangen könne. Jus et nomen heredis bleibe unveräußerlich, und nur diesem folge die vacant gewordene Portion. Die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung sind, zwar nicht in dem Resultat, aber in den rechtlichen Grundlagen, getheilt.

Die Einen nehmen an: die Anwachsung cohärire der Erbschaft, gehe also mit dieser, wenn nichts Anderes bedungen ist, wie alles andere lucrum oder damnum, s. l. 2. § 9. D. 18. 4., an den Käufer über (si vendidit hereditatem, aequissimum videtur emtorem vicem heredis obtinere; l. 2. § 18. D. 18. 4.), und zwar mit rechtlicher Nothwendigkeit, weil die Anwachsung sich vom Erbrecht nicht trennen

lasse; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 49. Die Andern bleiben dem Grundsatz treu: semel heres semper heres, welchem gemäß auch l. 4. § 3. D. 29. 4. sagt: si quis vendiderit hereditatem, utique possidere videtur, cf. § 3. J. 2. 23., weshalb nur dem Erben die vacante Portion anwachsen könne, der Käufer sey aber befugt, actione emti deren Herausgabe zu fordern.

Beide Theile kommen darin überein, daß es auf eine muthmaßliche Willensauslegung nicht weiter ankommen könne, wenn es auf gesetzlicher Bestimmung beruht, was zur Erbschaft gehört, und dies sey in Ansehung des Anwachsungsrechts unzweifelhaft; l. un. § 10. C. 6. 51. — l. 2. § 8. D. 37. 11.

Dies vorausgesetzt rechtfertigt sich diese Entscheidung aus l. 2. § 1—4. D. 18. 4. Zwar ist der § 1. hier weniger bedeutsam, denn er beschäftigt sich blos mit der Frage, ob im Verkauf einer Erbschaft das, worin sie zur Zeit des Todes oder worin sie zur Zeit des Verkaufs bestanden hat, als in der Intention des Contrahenten gelegen anzusehen sey. Bedeutender aber ist § 3. u. 4., wo dem Käufer einer Erbschaft nicht nur das, was der Verkäufer zur Zeit des Verkaufs schon besessen, sondern auch was er aus der Erbschaft noch zu erlangen hatte, zuerkannt wird; § 3. et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum pervenisse, quatenus mandare potest earum rerum persecutionem actionesque tribuere; enim vero ubi corpora nactus est, vel debita exegit, plenius ad eum videri pervenisse. § 4. Non tantum autem, quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, emtori restituendum est. Et non solum quod pervenit, sed et, quod quandoque pervenerit, restituendum est.

Diese Meinung, welche auch in l. 83. D. 29. 2. und l. 43. D. 36. 1. eine, wiewohl von Glück l. c. bestrittene Stütze zu finden scheint, wird vertheidigt von Voet Comm. ad Pand. Lib. 18. tit. 4. no. 3., Klüpfel im civilist. Archiv Bd. III. S. 140., Thibaut System § 995. (Ed. 8.), Mühlenbruch Lehrb. § 710. not. 5., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 494. not. 6., vergl. Rubo Diss. de jure accrescendi hereditate vendita. Halae 1817., Cucumus D. de jure accrescendi cui competat post hereditatem venditam. Wirceb. 1818., Mayer das Recht der Anwachsung bei dem testamentarischen und gesetzlichen Erbrecht 2c. Tübing. 1835.

Zu 4) Es liegt in der Natur des Accrescenzrechts, daß es nur solchen Erben zukommen kann, deren Erbrecht nicht von den Gesetzen auf ein gewisses Maximum beschränkt ist. Dieser Grundsatz äußert sich

in Ansehung der dürftigen Wittwe dahin wirksam, daß es ihr nur so lange zu Statten kommen kann, als sie durch das Daseyn der Miterben auf weniger als ¼ beschränkt wird; Nov. 53. c. 6. pr. — Nov. 115. c. 5., Mackeldey Lehrb. Bd. II. § 698., Schweppe röm. Privatr. Th. V. § 879., Glück v. d. Intestaterbf. § 40. u. 126. no. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 513. (187.) Deshalb können Concubinenkinder auch nie mehr als den sextantem aus des Vaters Vermögen bekommen, so daß ihnen in den übrigen ⅚ selbst der Fiscus vorgeht; Schweppe l. c. und in dem mütterlichen Vermögen haben sie es nur unter sich; v. Wening-Ingenheim l. c.

Zu 5) Nach dem vorbemerkten Grundsatz muß diese Frage verneint werden, die Portion des Hinwegfallenden accrescirt immer den Haupterben; s. Glück P. C. Bd. VII. S. 68. Anders ist es bei der querela inofficiosi. Wenn nämlich z. B. zwei Notherben zu derselben berechtigt sind, der Eine aber sie nicht erheben will, oder vom Proceß absteht, so wächst dessen Antheil dem Klagenden dergestalt zu, daß er nun seine Klage entweder auf die ganze Erbschaft, oder wenigstens auf dasjenige richten kann, was er ab intestato würde bekommen haben, wenn der andere nicht Klagende gar nicht existirte; l. 17. pr. l. 16. pr. l. 23. § 2. D. 5. 2. — Glück l. c. S. 431.

Zu 6) Es ist wohl in beiden Fällen mit Grund nicht zu bezweifeln, daß die Portion des verzichtenden, wie des gültig enterbten Kindes dem eingesetzten Erben zuwachse, obwohl einige Rechtslehrer im Betreff der Portion des verzichteten Kindes glauben, daß sie den gesammten Geschwistern zugerechnet werden müßte; s. jedoch v. Quistorp rechtliche Bemerk. Th. II. S. 131., Glück l. c. S. 136., Bd. XXXV. S. 269., vergl. übrigens oben S. 774. § 3. zur Fr. 7.

Zu 7) Da die Indignitätsstrafe an den Fiscus nur für den Fall der Verhinderung an Errichtung oder Aenderung eines Testaments verordnet ist, so ist wohl als die richtigere Meinung anzunehmen, daß das Accrescenzrecht für die übrigen Erben eintrete; s. Glück Pand. Comm. Bd. XXXIII. S. 432. und die in not. 61. u. 63. angeführte Literatur über diese Streitfrage.

Zu 8) Zuvörderst unterliegt es

A) bei Legatarien keinem Zweifel,

a) daß sowohl die re conjuncti als die re et verbis conjuncti ein vorzugsweises Anwachsungsrecht haben, s. Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLIII. S. 303. in so fern es nicht der Testator ausdrücklich verboten hat, oder dieses implicite in

seiner Disposition liegt, z. B. wenn er dem A. und B. die Alimente aus dem Gut X. gibt, beide Legatare daraus vollständig alimentirt werden können, und nur B. das Legat ausschlägt. Hier kann dem A. nichts accresciren, weil er über sein Bedürfniß hinaus Alimente nicht fordern kann; l. 57. § 1. D. 7. 1.

b) daß die verbis tantum conjuncti kein Anwachsungsrecht haben, ist zwar nicht unbestritten, s. z. B. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 277. u. A. m., aber von der Mehrzahl der Rechtsgelehrten anerkannt; s. Braun Erörter. zu Thibaut § 845., Schneider das altcivile und Justinianeische Anwachsungsrecht bei Legaten S. 57.; v. Vangerow l c. Bd. II. S. 340.

B) Im Verhältniß mehrerer concurrirender Erben ist es zuvörderst keinem Zweifel unterworfen, daß

a) demjenigen, welcher auf eine pars quanta oder auf eine bestimmte Sache eingesetzt ist, ein Anwachsungsrecht nicht eher zustehen kann, als wenn alle Uebrigen wegfallen; Mackeldey Lehrb. Bd. II. § 699. not. c. — ferner

b) daß, wenn sämmtliche Erben auf dieselbe Art verbunden sind, die vacante Portion, es mag wegfallen wer da will, allen Uebrigen zu gleichen Theilen zuwächst; l. 59. § 3. l. 63. l. 66. D. 28. 5.

c) ebenso, wenn Jemand ohne einige Verbindung mit Miterben zu der ihn treffenden bestimmten oder unbestimmten Portion gerufen ist; l. 59. § 3. D. 28. 5. — l. un. § 10. C. 6. 51. Ist aber

d) im Testament eine besondere Conjunction vorgenommen worden, so fällt seine Portion blos an die übrigen conjunctos, welche durch ihre Stellung gleichsam in einen Gegensatz gegen die andern Erben versetzt sind; da ist es aber noch besonders bestritten, ob das vorzugsweise Anwachsungsrecht nur den re et verbis, oder was wohl das Einleuchtendste und, ungeachtet Thibaut beharrlich abwich, doch von den Meisten angenommen zu seyn scheint, auch den bloßen re conjunctis zukommt; s. Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLIII. S. 303., v. Vangerow l. c. Bd. II. S. 337.

Zu 9) Der Stiefparens kann nicht einmal durch einen zu seinen Gunsten erklärten Verzicht zur Concurrenz an dem Zuwachs gelangen, weil ein solcher Verzicht nicht den übrigen Kindern resp. Geschwistern

zum Nachtheil gereichen darf, welchen das Gesetz den Ueberschuß ausschließend gewährt.

Den Kindern der vorigen Ehe wächst er aber auch ohne Rücksicht auf die vom Stiefparens verschieden bestimmten Erbtheile immer nach Kopftheilen zu, weil sie ihn aus dem Gesetz erhalten; arg. l. 23. § 2. D. 5. 2. — l. un. C. 6. 10. — Glück P. C. Bd. XXIV. S. 154.

Kapitel VI.

Von Erwerbung der Erbschaft.

§ 1. Im Allgemeinen.

Inst. II. 19. de heredum qualitate et differentia. Dig. XXIX. 2. de acquirenda vel omittenda hereditate. Cod. VI. 30. de jure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate. Nov. 1. cap. 2. Ulpian. Fragm. XXII. 24 — 34.

1) Nur beim heres suus*) fällt die Delation und die Erwerbung der Erbschaft in Einen Punkt zusammen, er erwirbt

*) Wer darunter verstanden werde, ist nun freilich zuerst festzustellen, indem Mehrere zwischen einem engeren und weiteren Begriff unterscheiden, welch letzterer nach l. 6. § 5. u. 6. D. 29. 2. — l. 13. D. 38. 2. auch mittelbar in potestate befindliche Kinder umfassen soll, s. v. Löhr civilist. Archiv. Bd. II. S. 198., Mackeldey Lehrb. Bd. II. § 681. not. c., vgl. Schilling Bemerk. über Rechtsgesch. S. 82., Francke Recht d. Notherben S. 13., dergestalt, daß nur bei der Intestaterbfolge die unmittelbar dem Erblasser untergebenen Kinder sui hießen, bei der successio testamentaria aber jedes eingesetzte Hauskind suus sey; s. Braun Erörter. zu Thibaut § 716. Aber dem gewöhnlichen Begriffe nach versteht man unter sui heredes nur die unmittelbar als Descendenten der Gewalt des Erblassers bei seinem Tode unterworfenen Personen, sowie die diesen gleichgestellten postumi; § 2. J. 2. 19., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVI. S. 143., Bd. XLII. S. 296., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 426. (1.), Schweppe röm. Privatr. Bd. IV. § 645. Ausnahmsweise behalten das Recht der sui auch solche emancipati, welche durch eine erlangte Würde, oder zur Strafe des Vaters von der väterlichen Gewalt befreit worden sind, oder durch ein rescr. Principis mit Vorbehalt der Suitätsrechte;

sogleich mit dem Tod des Erblassers; l. 1. § 7. D. 29. 4. — l. 27. § 3. in f. D. 36. 1., mit rechtlicher Nothwendigkeit, daher selbst ohne Bewußtseyn des Anfalls, weshalb auch Irrthum keinen Einfluß darauf haben kann. — Jeder Andere kann nur wissentlich und mit Willen, durch Willenserklärung, welche aber nicht bedingt seyn darf, oder durch Willenshandlungen *) eine Erbschaft sich erwerben; l. 19. l. 30. § 8. l. 32. l. 34. l. 46. l. 51. D. 29. 2. — l. 2. § 3. D. 38. 7. — l. 1. § 1. D. 38. 17. Bei Letzterem fragt es sich, wie müssen Handlungen dieser Art beschaffen seyn, um beim heres suus **) das se immiscere, und beim heres extraneus die pro herede gestio zu involviren? wie, wenn sie mit Protestation vorgenommen werden?

1[a]) Welche Folgen entstehen aus dem Gebrauch des jus abstinendi von Seite des heres suus?

2) Kann das Erbrecht auch durch einen Stellvertreter erworben werden?

Mühlenbruch l. c. Bd. XLII. S. 301. Ob durch Anstellung eines eigenen Haushalts die Suität verloren gehe, ist zweifelhaft; Glück P. C. Bd. II. S. 454., Bd. XLII. S. 303., doch scheint es richtiger, mit G. L. Böhmer in den auserlesenen Rechtsfällen Bd. II. Abth I. no. 127. anzunehmen, daß durch Errichtung separater Oeconomie das Suitätsverhältniß nicht aufhöre, abgesehen nämlich vom deutschen Recht, wo dieses geltend geworden ist. Zu bemerken ist auch, daß nach l. 2. § 4. l. 10. § 1. D. 28. 6. der eine Haussohn, welchen der Vater zum Pupillarsubstituten des andern machte, nach dem Tod des letzteren wie ein suus Erbe seines Bruders wird, weil er suus des Vaters ist, und weil die tabulae pupillares als Theil des väterlichen Testaments gelten; s. Braun l. c. Etwas Aehnliches findet sich auch in l. 6. § 5. D. 29. 2., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVI. S. 143., Bd. XLII. S. 295. not. 21.

*) Auch ein Taubstummer kann daher durch pro herede gestio eine Erbschaft erwerben, weil er des Bewußtseyns und der Handlung fähig ist; l. 5. pr. D. 29. 2. — § ult. J. 2. 19. — l. 65. § 2. D. 36. 1.

**) Obgleich der suus ipso jure Erbe wird, so steht ihm doch, gleichsam als ein Restitutionsmittel, das beneficium abstinendi zu. Ob nun, wenn er erbschaftliche Verbindlichkeiten von sich weist, ihm der Beweis der Abstinenz oder den Gläubigern der Beweis der Immiscirung desselben obliege, ist oben im Kap. I. Fr. 8. S. 538. bemerkt worden.

Ueber die ganze Materie von Erwerbung der Erbschaft, Erbfähigkeit, Erforderníssen und Folgen der acquisitio hereditatis, Transmissibilität 2c. verdient vorzügliche Aufmerksamkeit die lichtvolle geordnete und umfassende Zusammenstellung nach gemeinem Sachsenrechte und nach neueren Weimarischen Gesetzen von Emminghaus im civilist. Archiv Bd. XXIV. S. 38.

3) Macht Zwang, Betrug oder Irrthum die Erbschaftsantretung ungültig?
4) Wenn ein suus heres stirbt, ohne sich erklärt oder immiscirt zu haben, muß alsdann dessen Erbe die dem Verstorbenen ipso jure erworbene Erbschaft mit dessen eigener Erbschaft annehmen oder auf beide verzichten?
4a) Was sind die rechtlichen Folgen, wenn einem Wahnsinnigen, der kein suus ist, mithin nur durch Antretung die Erbschaft erwerben könnte, hierzu aber rechtlich unvermögend ist, eine Erbschaft deferirt wird?
5) Kann auch der Curator eines Verschollenen eine Erbschaft Namens desselben antreten?
6) Erstreckt sich das Erbrecht am Vermögen eines Verschollenen auch auf die vor der eingetretenen Präsumtion seines Todes ihm angefallenen Erbschaften und Vermächtnisse?
7) Indem Pönalklagen nicht auch gegen den Erben gehen, fragt es sich, ob der Erbe eine vom Erblasser verwirkte Conventionalstrafe zu bezahlen schuldig sey?
8) Ist der Besitz von Erbschaftscapitalien, welche in Gegenwart aller Erben vom Schuldner aufgezählt werden, von den sämmtlichen Erben als ergriffen zu erachten, wenn gleich nur Einer derselben das Geld an sich genommen hat?

Zu 1) Die Gesetze erfordern factum und animus zugleich; l. 20. D. 29. 2. Julianus scribit: pro herede gerere non tam esse facti quam animi, nam hoc animo esse debet, ut velit heres esse. Dieser Grundsatz wird auch leg. cit. verschiedentlich exemplificirt. Da der animus nur durch Vernunftschluß aus Handlungen ermittelt werden kann, so variiren die Richtersprüche nicht selten in Ansehung der Frage über Beweislast. Zu weit möchte wohl die Jenaer Juristenfacultät gegangen seyn, wenn sie in einem von Madihn Miscellen Bd. I. S. 130. erzählten Fall, wo unwidersprochene facta concludentia der Art vorlagen, wie sie § 7. J. 2. 19. — l. 21. § 1. l. 42. § 2. D. 29. 2. — l. 2. C. 6. 30. unter dem pro herede gerere begreift, dennoch den Kläger verurtheilte, den Beweis der pro herede gestio zu führen, weil derselbe nicht allein facta, sondern auch den animus zu beweisen schuldig sey, wogegen die Hallesche Facultät wohl richtiger statuirte: facta concludentia seyen als beweisend anzunehmen, so lange der Beklagte nicht beweist, sie in einer anderen Ab-

sicht unternommen zu haben. Alles wird hier freilich auf richtige Bestimmung des Begriffs von facta concludentia ankommen. Die Handlungen können von der Art seyn, daß sie Niemand Anders vornehmen kann, als wer den Namen und das Recht eines Erben hat, und dann müssen sie auch für den animus als vollkommen beweisend angenommen werden. Nicht so aber, wenn sie auch wohl von einem Andern oder in einer anderen Absicht vorgenommen seyn konnten, sey es aus Pietät*), oder um der Conservation der Sachen willen, oder aus einer irrigen Meinung der Relicten, daß die Sache ihnen gehöre, oder ihnen eine andere Berechtigung daran zustehe; l. 20. pr. § 1. D. 29. 2. — Z. B. der bloße Besitz der erbschaftlichen Sachen, in welchem gewöhnlich die Kinder auf Absterben ihrer Eltern bleiben, reicht offenbar nicht hin, um den animus heredis zu beweisen; v. Quistorp rechtl. Bemerkungen Th. I. no. 4., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLII. S. 396. So wurde auch die Frage: ob der bloße Bezug eines zur Verlassenschaft gehörigen Hauses als Immiscirung angesehen werden könne, im Archiv merkw. Rechtsfälle und Entscheidungen Rheinhessischer Gerichte Bd. II. S. 90. dahin entschieden, daß diese Handlung, isolirt genommen, nicht als acte d'immixtion gelte.**) Auch Erklärungen, welche etwa auch eine andere Auslegung zulassen, können nicht als beweisend gelten; Leyser Sp. 369. no. 6. erzählt z. B. einen Fall, wo die Kinder eines verschuldeten Erblassers sich in einem Schreiben unterzeichnet hatten: „des verstorbenen Titii sämmtliche Erben," die Wittenberger Juristenfacultät aber dieses den Kindern als suis nicht, sondern nur, wenn heredes extranei sich so unterschrieben hätten, als präjudicirlich erachtete. Wenn Handlungen auf die eine Absicht so gut als auf die andere bezogen werden können, so versteht es sich von selbst, daß sie nicht beweisfähig sind; nur dann schwanken die Richter, wenn die Beziehung auf den animus heredis überwiegend ist, indem sie dann blos dem angeblichen Immiscenten den Beweis, daß er eine andere mögliche Absicht wirklich gehabt habe, nachlassen; s. Madihn l. c. Bd. I. S. 129., v. Quistorp l. c., Mühlenbruch l. c. Indessen ist wohl

*) Z. B. wenn der zur Erbschaft Berufene den Verstorbenen beerdigen ließ; l. 14. § 8. D. 11. 7.

**) Einen anderen Fall behandelt l. 88. D. 29. 2. gerit pro herede — si domum pignori datam, sicut hereditariam, retinuit — et si alienam rem, ut hereditariam, possedisset. Hier entscheidet schon der bloße animus. Die Erfüllung der Bedingung, unter welcher Jemand zum Erben eingesetzt ist, gilt als Erbschaftsantretung, jedoch nur, wenn es wirklich in dieser Absicht geschieht; l. 62. pr. D. 29. 2. — l. 13. D. 28. 7.

zu beachten, daß, wie Mühlenbruch selbst l. c. S. 329. zugesteht, der animus heredis nicht vermuthet wird. Die Handlungen selbst, woraus der dem Erben nachtheilige Schluß hergeleitet werden soll, müssen, wenn sie bestritten werden, die Gläubiger oder Vermächtnißnehmer beweisen, und soweit, um jenen Schluß zu begründen, die Kenntniß gewisser Umstände nöthig ist, auch diese Kenntniß; s. Gesterding Ausbeute Th. VI. Abth. 1. S. 248. Nach diesen Grundsätzen beantwortet sich auch die Frage, ob und in wie fern eine die fraglichen Handlungen begleitende Protestation gegen Rechtsnachtheil schütze; l. 20. § 1. D. 29. 2. Sie wird nämlich nur alsdann nichts helfen, wenn die Handlung von der Art ist, daß sie nur von demjenigen ausgeübt werden kann, welcher den Namen und das Recht des Erben hat; vergl. Waldeck Controversen-Entscheidungen Th. I. S. 159. und die Recension in der Tübinger Zeitschr. Bd. V. S. 342.

Zu 1 a) Die Pupillarsubstitution, testamentarische Curatelen und Legate bleiben bei Kräften, nach der Abstention kann der suus nicht zur Intestatsuccession gelangen. — Hat der suus Miterben, so fällt sein Erbtheil zwar nicht durch Accrescenzrecht, weil der suus doch immer noch als Erbe gilt, jedoch ipso jure mit allen Lasten den Miterben zu. Sie haben aber nun die Wahl, ob sie ihn cum onere annehmen, oder ausschlagen, im letzteren Fall aber auch zugleich ihre eigene Portion aufgeben wollen; l. 38. l. 55. l. 56. l. 61. D. 29. 2.

Auf l. 6. C. 6. 58. gründet sich die gewöhnliche Meinung, daß, wenn der suus abstinire, dem Bruder des Erblassers und eben so den Entfernteren nach der Reihenfolge des successorium edictum die bonorum possessio offen stehe; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 875., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. V. § 265. Zwar hält Witte im Rechtslex. Bd. I. S. 868. dafür, daß in diesem Fall die Erbschaft nach l. 2. D. 38. 9. dem Fiscus heimfalle; allein diese Gesetzstelle erklärt sich wohl ganz anders; s. die deutsche Uebers. d. Corpus jur. not. 37. zu l. 2. cit.

Hat der Testator dem suus vulgariter substituirt, so wird, wenn der abstinirende suus im unmündigen Alter stirbt, der Substitut, dem die väterliche Erbschaft schon durch Vulgarsubstitution zugefallen war, nach der const. Divi Marci auch als Pupillarsubstitut zur Erbschaft des Pupillen gerufen; l. 4. D. 28. 6. Eben so kann der ausdrücklich nur in casum pupillarem Substituirte, wenn der suus abstinirt, dessen Erbtheil als Vulgarsubstitut in Anspruch nehmen, thut er es aber nicht, so kann er deshalb nicht, wenn demnächst der Fall der Pupillarsubstitution

eintritt, von dieser ausgeschlossen werden; s. Witte im Rechtslex. Bd. I. S. 866.

Zu 2) Unbezweifelt kann einem infans durch den Vater oder Vormund und einer juristischen Person durch ihre Stellvertreter das Erbrecht erworben werden. Außerdem gilt nach R. R. der Grundsatz: per curatorem hereditatem adquiri non posse, l. 90. pr. D. 29. 2., Puchta Lehrb. d. Pand. § 490. not. f., v. Wening-Ingenheim Lehrbuch Bd. III. § 502. (161.)*), dessen Geltung in der deutschen Praxis jedoch von Vielen bestritten wird; s. Schweppe röm. Privatr. Th. V. § 837., Braun Erörterungen zu Thibaut § 718., Mühlenbruch l. c. Bd. XLII. § 1491. a. E., daher nach der gewöhnlichen Meinung auch durch den Massecurator des in Concurs befindlichen Erben eine Erbschaft angetreten werden kann; s. Kori Concursproceß § 110. der 2. Aufl.

Zu 3) Gegen Zwang findet Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Statt; l. 21. § 5. D. 4. 2. — l. 85. D. 29. 2., nicht so wegen Betrug, denn der Betrogene hat blos die actio de dolo gegen den Betrüger, l. 40. D. 4. 3., und Irrthum könnte blos dann in Betracht kommen, wenn derselbe über die Art der Delation stattgefunden hätte, nicht aber, wenn er in irgend einer Art von Beweggründen gelegen wäre; l. 34. pr. l. 96. D. 29. 2., Schweppe l. c. § 837., v. Wening-Ingenheim l. c. Bd. III. § 501. Außerdem können nur Minderjährige Restitution erlangen, nicht aber, wie Burchardi von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand § 8. S. 86. annimmt, auch Großjährige wegen beträchtlicher Läsionen dazu gelangen; s. Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLIII. S. 118. κ., Arndts im Rechtslex. Bd. IV. S. 23.

Zu 4) Diese Frage wird von Mehreren bejaht; s. Koch D. de liberis suis heredibus ad probationem abstentionis non obligatis §. 9., Steppes die Transmission der Erbschaft nach R. R. S. 46., indem sie die in l. 7. § 1. D. 29. 2. deutlich ausgesprochene Transmissibilität des Abstentionsrechts nur auf den dort erwähnten besonderen Fall beschränkt erachten, wo der Erbe starb, ohne den Erbanfall erfahren zu haben. Allein wenn man das benefic. abstinendi als ein remedium restitutionis betrachten und zugleich zugeben muß, daß dieses auf die

*) Welcher indessen dabei ganz richtig bemerkt, daß in dem Auftrage selbst eine genügende Erklärung liegen, und auf diese Weise, da jede deutliche Erklärung hinreicht, die Erbschaftsantretung bewirkt werden könne; s. auch Mühlenbruch l. c. S. 409.

Erben übergeht, s. Burchardi Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand § 22., so wird man gern der Ansicht beistimmen, daß dem Erbeserben die Abstention in eben der Maaße möglich seyn müsse, wie sie dem Erben möglich war; vergl. auch l. 19. C. 6. 30. und zwar, ungeachtet der von Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 84. § 3. über diesen Punkt noch erhobenen Zweifel, ohne Unterschied ob der Erbeserbe suus oder extraneus heres seines Erblassers ist; s. v. Vangerow im civilist. Archiv Bd. XXIV. S. 157. rc., Mühlenbruch l. c. Bd. XLII. S. 345.

Zu 4 a) Weder der Vater noch der Curator können, wenn der blödsinnige Haussohn nicht mehr infans ist, für ihn antreten, sondern nur bonorum possessionem für ihn nachsuchen, welche aber nach der gewöhnlichen Meinung dem furiosus nicht den wirklichen Erwerb der Erbschaft gewährt, sondern dem Vater oder Curator nur das Administrationsrecht im vollen Umfang einräumt, wonächst auch die Legatarien ihre Legate von ihm gegen Caution für den Fall der Entwährung der Erbschaft (s. not. 46. zur l. 48. § 1. D. de leg. II. (31.) in der deutschen Uebersetzung des Corp. jur.) fordern können. Wird der Wahnsinnige von diesem Uebel geheilt, so kann er nun die Erbschaft nach Gutdünken entweder annehmen oder ausschlagen; stirbt er aber im Wahnsinn, so fällt die Erbschaft nicht auf seine Erben, sondern an diejenigen Erben des Erblassers, welche sie bekommen hätten, wenn der Wahnsinnige nicht da gewesen wäre.

Wie aber, wenn der Wahnsinnige Miterben hatte, sollte nicht diesen seine Portion durch Accrescenzrecht zu Theil werden? Dieser in der weitläufigen l. 7. C. 5. 70. unberührt gebliebene Fall hat zu vielen Zweifeln Anlaß gegeben; Böhmer in den auserlesenen Rechtsfällen Bd II. S. 298. und mit ihm Fritz in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. IV. S. 157. nimmt an, daß die Entscheidung desselben der schon bestimmten gesetzlichen Verordnung, und der nach gleichen Gründen zu machenden Anwendung des Gesetzes anheimfalle, wie wenn keine bonorum possessio furiosi angenommen worden wäre, mithin das Accrescenzrecht wirksam werde; v. Vangerow civil. Archiv Bd. XXX. S. 1. ff. bestreitet dies, sowie die communis opinio Doctorum überhaupt, indem er behauptet, die bonorum possessio von Seiten des Curators eines Wahnsinnigen gewähre diesem nicht blos eine missio in possessionem, sondern wirkliches Erbrecht, oder Erbschaftserwerb, und zur Zeit der l. 7. C. cit. habe das Accrescenzrecht unter Miterben noch gar nicht die Regel gebildet; dagegen s. Fritz l. c., v. Löhr in Linde's Zeitschr.

N. F. Bd. IV. S. 252. Die reiche Literatur über die aufgestellte Frage s. v. Vangerow l. c.

Zu 5) Diese Frage fällt weg, wenn der Verschollene ein heres suus ist, denn dieser bedarf bekanntlich schon nach R. R. zur Erwerbung einer Erbschaft eben so wenig erst eines Acts der Antretung, als ein solcher zur Erlangung eines Legats nöthig ist. Der Curator ist also dazu ganz überflüssig. Nur bei dem Erbschaftserwerb eines heres extraneus, welcher nur durch aditio hereditatis solche erwerben kann, hat die Frage ein praktisches von den Romanisten hochgestelltes Interesse und eine wirkliche Bedeutung; s. Erk. des O. A. Ger. in Wolfenbüttel in Scholz Samml. interessanter Aufsätze Bd. II. S. 127., Flach Entscheid. Th. I. S. 145., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. IV. S. 375., Erk. des O. A. Ger. in Darmstadt in der Präjudiziensamml. d. Großherzogl. Hessischen O. A. Ger. no. 153. u. Erk. des O. A. Ger. in Celle in Seuffert Archiv Bd. V. H. 1. S. 39., Glück P. C. Bd. XXXIII. S. 292. Aber auch bei einem heres extraneus fiele die Frage wenigstens da weg, wo der ältere deutsche Grundsatz des mit dem Anfall schon verbundenen Erwerbs der Erbschaft gilt, wovon Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. § 446. (§ 414.) mehrere Beispiele anführt, oder doch in Beziehung auf die einem Abwesenden zugefallene Erbschaft beobachtet wird; s. v. Kamptz Mecklenburg. Civilr. Th. II. S. 716. no. 12., oder auch wenn man zugestehen muß, daß der deutschrechtliche Vormund für einen Abwesenden sowohl nach den darüber sich aussprechenden Gesetzgebungen, als nach der Praxis, welche bei einem lediglich durch sie ausgebildeten Institut entscheidend seyn dürfte, in seiner Sphäre nicht so beschränkt ist, wie der römische curator absentis, sondern im Allgemeinen dem Vormund eines Minderjährigen gleich zu stellen ist, welcher ohne Zweifel h. z. T. für seinen Mündel Erbschaften ohne dessen Zuziehung antreten kann, s. Kraut Grunds. des Vormundschaftsrechts nach deutsch. Rechten Bd. II. S. 262. not. 22. u. 23.; endlich auch dann, wenn man mit mehreren Rechtsgelehrten annehmen darf, daß h. z. T. der Unterschied zwischen heres suus und extraneus als eine veraltete Eigenthümlichkeit des römischen Rechts schlechthin wegfalle; s. Schäffer in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. V. S. 419, Seuffert u. Glück Blätter f. R. A. Bd. XIX. S. 24. — Man mag nun aber über das römische Erforderniß der aditio hereditatis diese oder jene Meinung annehmen, so ist damit noch gar nichts darüber entschieden, ob der absens die Erbschaft erworben habe, ob er sie erwerben und folglich auch auf seine Erben transmittiren konnte? denn dies beruht auf der weiteren Voraussetzung, daß er den

Erblasser überlebt habe, und diese Frage schwebt noch immer im Dunkel, weil Niemand weiß, ob er vor oder nach dem Erblasser gestorben ist. Diese vorzüglich

Zu 6) bedeutsame Ungewißheit (vgl. Bd. I. Kap. V. § 1. Fr. 8. S. 252.) wird insgemein dadurch für beseitiget erachtet, daß der Endpunkt des menschlichen Lebens durch gesetzliche Präsumtion auf das 70. Lebensjahr fixirt ist. — Dagegegen wird zwar eingewendet: 1) es sey doch gar zu unnatürlich, anzunehmen, daß der Abwesende gerade an seinem 70. Geburtstag gestorben sey; 2) man müsse vielmehr, wenn es von zwei Personen ungewiß ist, welche zuerst gestorben ist, annehmen, daß auf keiner Seite für das Ueberleben entschieden werden könne, vielmehr derjenige, welcher Ansprüche darauf gründen will, dieses beweisen müsse; s. Heise u. Cropp jurist. Abhandl. Bd. II. S. 162. § 10., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLII. S. 462., Weber über Beweisführung S. 230., Schweppe röm. Privatr. Bd. I. § 57 a. u. 61. no. 2., Schmidt öffentl. Rechtssprüche S. 38., Pfeiffer prakt. Ausführungen Bd. IV. S. 360., Seuffert Bl. f. Rechtsanw. Bd. XIX. S. 33. Allein zu 1) will ja der Gerichtsbrauch dies gar nicht sagen, sondern nur, daß kein Lebender als todt behandelt werden könne, so lange er nicht die als Regel angenommene Gränze des Lebens erreicht hat. Zu 2) Der Gerichtsbrauch stützt sich dagegen auf eine allgemein anerkannte Rechtsregel, nämlich, daß ein einmal bestandener Rechtszustand so lange als bestehend angenommen werden müsse, bis sein Aufhören bewiesen ist; eine Regel, welche auch bezüglich der Frage über Leben oder Tod ihre Anwendung in l. 1. D. 18. 4. gefunden hat, und die in Rechten fürgesehene Fixirung des Endpunkts des menschlichen Lebens hätte ja gar keinen Sinn, wenn man den Menschen auch vor diesem Zeitpunkt nicht als lebend gelten lassen wollte; s. Leyser Sp. 95. M. 9. u. 24., Kind de succ. in bona absentium § 3., Glück P. C. Bd. VII. S. 494., v. Bülow Abhandl. Bd. I. S. 286., Schneider vom rechtl. Beweis § 26., Haase über Edictalladungen S. 118, Claproth summar. Proceß § 224., Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. I. S. 392, Kraut die Vormundschaft nach Grunds. des deutsch. Rechts S. 230., welcher auch S. 252. not. 11—13. mehrere deutsche Gesetzgebungen anführt, die diesem Gerichtsbrauch gefolgt sind, welchen auch das Obertribunal in Berlin auf gemeinrechtlichem Boden für begründet erachtet; s. dessen Entscheid. N. F. Bd. VII. S. 92., Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 141. Die deutsche Praxis hat sich daher für Edictalladung des Abwesenden — versteht sich, bevor er noch nicht die entscheidende Lebensgränze erreicht hat —

und nach deren fruchtlosem Ablauf, nach eingetretener Rechtskraft der hierdurch herbeigeführten Verschollenheitserklärung für die missio in possessionem der nächsten Verwandten und Präsumtiverben des Verschollenen entschieden. Hätte der Verschollene in dem ihm präsumtiv angefallenen Erbe Miterben, so wird der Besitz der zur Zeit vacanten Portionen diesen zuerkannt; s. Seuffert Bl. f. R. A. Bd. X. S. 236., Flach Entsch. d. O. A. Ger. in Wiesbaden Th. I. S. 146., Th. II. S. 125., s. auch Code civil Art. 135—138. Dem Gerichtsbrauch liegt übrigens die successio ex nunc zum Grunde, indem das dem Verschollenen präsumtiv angefallene Erbe, sowie sein eigenes übriges Verlaßthum den ihm zur Zeit seiner Todeserklärung am nächsten stehenden Verwandten ausgeliefert wird. Diese Auslieferung involvirt übrigens keine successio anticipata, denn so lange der Verschollene noch nicht für todt erklärt ist, wird er ja noch als lebend angenommen, mithin kann noch nicht von einer Erbschaft die Rede seyn; s. Mühlenbruch in Glück P. E. Bd. XXXIII. S. 173., Kraut l. c.

Die Frage: ob die Todeserklärung für sich schon die Trennung der Ehe des für todt Erklärten bewirke, muß wohl dahin entschieden werden, daß der Ehegatte, welcher sich wieder verehelichen will, erst ein weiteres Verfahren veranlassen müsse, worauf die Ehescheidung ausgesprochen werden kann; s. Mittermaier d. Privatr. Bd. I. § 147. (Ed. 6.), vergl. v. Zeiller Comm. zum Oesterreichisch. Gesetzb. Bd. I. S. 289.

Zu 7) Diese Frage ist zu bejahen, weil die Verbindlichkeit eine vertragsmäßige ist und auch nicht zu den obligationes personalissimae gezählt werden kann. Ex contractu, de quo quaeritur, etiam heredem venditoris in poenam converiri posse; l. 47. D. 19. 1. — cf. l. 4. § 1. l. 5. § 3. u. 4. D. 45. 1. — l. 149. D. 50. 17.

Zu 8) Allerdings wird in einem solchen Fall der Schuldner liberirt, und den Miterben, welchen der Empfänger des Gelds ihren Antheil verweigert, steht blos die Spolienklage gegen diesen zu; s. Elvers Themis Bd. I. S. 142. Einen ähnlichen Rechtsfall s. G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. III. S. 213.

---

§ 2. Von der Rechtswohlthat der Deliberation und des Inventars.*)

1) Ist der Erbe gesetzlich an eine Zeit zum Erbschaftsantritt gebunden, und was ist die rechtliche Folge, wenn er eine

*) Durch betrügliche Handlungen verliert der Erbe die Wohlthat des Inventars, nicht über die Kräfte der Erbschaft hinaus verbunden zu werden,

ihm vom Gericht zur Erklärung darüber vorgesteckte Frist unbenutzt läßt?

2) Transmittirt der Erbe während der Inventur auf seine Erben?

3) Kann derjenige, welcher die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, nachher die Erbschaft noch ausschlagen?

4) Erlangt der Erbe durch das beneficium inventarii auch den Vortheil, daß er die Dispositionen nicht anzuerkennen braucht, welche der Testator über sein des Erben eigenes Vermögen etwa getroffen hat?

5) Schützt die Rechtswohlthat des Inventars auch gegen Verfolgung einer bereits zur Execution gediehenen Forderung? desgleichen gegen Vindicationen?

6) Bekanntlich ist der Beneficialerbe in Ansehung der Zahlung an Gläubiger nicht an Prioritätsrechte gebunden, und die Existenz von Erbschaftsgläubigern hindert auch nicht die Entrichtung der Legate. Sofern der Erbe hierbei nur nicht mala fide verfährt, ist er gegen jeden Angriff sicher, l. 22. § 5. u. 7. C. 6. 30. — und auch die Käufer einzelner Erbschaftsstücke können nach l. 22. § 5. u. 8. eod. von den Pfandgläubigern alsdann nicht angegriffen werden, wenn der Erbe den Erlös zur Befriedigung von Gläubigern und Legataren verwendet hat, wobei indessen vorausgesetzt werden muß, daß der Erbe auf eine solche Art verkauft habe, durch welche Pfandrechte nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen aufgehoben werden, nämlich durch öffentlichen Aufstrich unter Vorladung derer, welche Ansprüche an die Sache zu machen haben; s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 8. § 19. in f. Rumpff D. de jure deliberandi § 26., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLI. S. 374. Trifft es sich nun, daß am Ende das Erbschaftsvermögen nicht zureicht, daß vielmehr, nachdem Legatare schon ihre Vermächtnisse bekommen haben, noch Gläubiger, oder nach bezahlten jüngeren Pfandgläubigern ältere und bevorzugte vor einer erschöpften Masse stehen, so ist es wohl ausgemacht, daß bevorzugte gegen schlechtere Pfandgläubiger mit der act. hy-

---

nach Sächsischem Recht; v. Langenn u. Kori Erörterungen Th. I. no. 11., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 165.

pothecaria oder der condict. ex lege das, was diese empfangen haben, herausfordern können; l. 22. § 6. D. 28. 8., sowie der Erbe selbst, wenn er Pfandgläubiger ist, den älteren Pfandgläubigern den Vorzug vor sich geben muß, l. 22. § 9. C. 6. 30. Steht aber auch den simplen Erbschaftsgläubigern ein Klagrecht gegen bezahlte Legatare zu? oder unbefriedigt gebliebenen privilegirten Personalgläubigern gegen einfache, welche bereits Zahlung erlangt haben? und was ist dann Rechtens, wenn der Erbe selbst nur Chirographargläubiger ist, sich aber vor anderen Gläubigern gleicher Art bezahlt hat?

7) Kann der Beneficialerbe auch auf ein pactum remissorium mit dem Zwangsrecht der Mehrzahl gegen die Minorität der Gläubiger provociren?
8) Können diejenigen, welche dem förmlich errichteten Inventar den Glauben versagen wollen, unbedingt die Beeidigung desselben fordern?
9) Wenn der Testator selbst in seinem Testament eine Anzeige seines Vermögens aufgenommen und an Eidesstatt die Richtigkeit versichert hat, kann dann der Erbe sich der Errichtung eines Inventars enthoben erachten, wenn er gleichwohl als Beneficialerbe gelten will?
10) Wenn von mehreren Erben Einer ein Inventar errichtet hat, kommt dieses auch den übrigen zu Statten?
11) Genügt für den Universalfideicommissar das vom Fiduciarerben errichtete Inventar?
12) Sind Erben, Legatare und Gläubiger dadurch verbunden, wenn der Testator dem Erben die Inventur erläßt oder gar verbietet?
13) Gilt eine eidliche Privatspecification auch statt des förmlichen Inventars?

Zu 1) Es ist nun ziemlich allgemein angenommen, daß der Erbe durch das Gesetz nicht an eine Zeit zum Erbschaftsantritt gebunden sey, weder so, daß er in den ersten 9 Tagen nach dem Tode des Erblassers gar nicht antreten dürfte, wie man aus Nov. 115. c. 5 § 1. geschlossen hat (s. Leyser Sp. 370. Med. 2., s. dagegen Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLII. S. 301.), noch daß er binnen der in l. 22. § 1. C. 6. 30. vielmehr auf die Inventurszeit sich beziehenden

3 Monate, noch daß er innerhalb des in l. 19. C. eod. für das Transmissionsrecht gesetzten Endpunkts antreten müßte, um nicht des Erbrechts verlustig zu werden. Nur besondere Umstände können den Erben hinsichtlich der Zeit binden, insbesondere, wenn der Testator ihm einen Termin gesetzt hat, oder wenn ein Notherbe die querela inofficiosi testamenti anstellen will; l. 36. § 2. C. 3 28. Die Deliberationsfrist,*) auf welche der Erbe gesetzlich Anspruch hat, ist daher blos eine richterlich,**) und zwar nur ein für allemal, und nicht über 9 Monate hinaus zu ertheilende Frist, es sey nun, daß der Erbe sich dieselbe selbst erbittet, oder dies von Seite der Substituten oder der Gläubiger geschieht. Was für ein Präjudiz mit der Nichterklärung in solcher Frist verknüpft sey, ist zwar keineswegs ausgemacht, die gemeine Meinung geht jedoch dahin, es sey anzunehmen, der Zögernde habe sich so entschieden, wie es das Interesse derjenigen erheischt, welche die Ansetzung einer Frist veranlaßt haben, also, daß er Erbe seyn wolle, den Gläubigern gegenüber, oder daß er es nicht seyn wolle, den substituirten oder Intestaterben gegenüber; s. Mühlenbruch l. c. Bd. XLI. S. 306. u. 391., Höpfner Instit. Comm. § 548., Thibaut System § 873. vielmehr dessen berichtigte Darstellung im § 892. der 9ten Ausg., Mackeldey Lehrb. § 688., Seuffert Lehrb. d. prakt. Pandectenrechts § 668., Unterholzner ausführl. Entwickelung der gesammten Verjährungslehre Bd. II § 165. S. 49. Eine nach Ablauf der Deliberationsfrist erklärte Erbschaftsentsagung hebt die Eigenschaft als Erbe nicht auf. Sie ist vielmehr als Veräußerung aufzufassen und nach den für solche geltenden Grundsätzen die rechtliche Wirkung einer solchen Entsagung zu ermessen; s. Entsch. d. O. Trib. in Berlin Bd. XXVI. S. 253.

Zu 2) Unstreitig transmittirt derjenige Erbe, welcher sich der Rechtswohlthat des Inventars bedient, die Erbschaft auch während des Inven-

---

*) Das jus deliberandi ist h. z. T. wohl fast ganz außer Gebrauch, da dasselbe durch das beneficium inventarii überflüssig geworden, und letzteres von viel größerem Nutzen ist. Es mag daher genügen, in Betreff obiger Sätze und weiterer Ausführungen auf die vorhandene Literatur zu verweisen, welche Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLI. S. 281. not. 15. zusammengestellt hat; außer welchem noch zu bemerken ist: Dollmann in Seuffert u. Glück Blättern für Rechtsanwendung Bd. VI. S. 129., Schweppe röm. Privatr. Th. V. § 840. no. 6., Mayer Lehre von dem Erbrecht nach dem heutigen Röm. Recht S. 347.

**) Nach den Römischen Gesetzen auch vom Regenten und desfalls auf ein Jahr.

tirens auf seine Erben, denn er ist ja dadurch schon Erbe. Man darf aber nicht übersehen, daß die Inventurshandlung an sich noch nicht den Erben zum Beneficialerben macht, denn auch der deliberirende Erbe kann inventiren, und muß es auch aus gewissen Rücksichten thun, denn unterläßt er es, so verliert er, wenn er dann antritt, die falcidische Quart, und muß, wenn er ausschlägt, die Interessenten zum jusjurandum in litem über die Größe des Nachlasses zulassen; l. 22. § 13. C. 6. 30. Die Rechtswohlthat des Inventars, dessen rechtliche Erfordernisse und Wirkungen hier als bekannt vorausgesetzt werden, wird nur durch ausdrückliche Erklärung und unter den für sie gesetzlich bestimmten Zeitbedingungen erworben. Außerdem transmittirt der Erbe blos das Deliberationsrecht, er mag nun um eine Deliberationsfrist gebeten, oder sich gar nicht erklärt haben, weshalb er dann eben als deliberirend angesehen werden muß. Dieses Transmissionsrecht gilt aber nur für ein Jahr von dem kundgewordenen Erbschaftsanfall, und den Erbeserben kommt, wenn der Erbe im Lauf dieses Jahres stirbt, nur der Rest der einjährigen, oder wenn er sich eine bestimmte kürzere Frist erbeten hat, nur der Rest dieser Frist zu Statten; s. Mühlenbruch l. c. Bd. XLI. S. 322., v. Buchholz in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 407. über den Einfluß der Zeit auf Antretung, Transmission und Ausschlagung des Erben. —

Zu 3) Die bejahende Meinung gründet sich darauf, weil es in der l. 22. § 13. C. 6. 30. heißt: liceat eis adire hereditatem et sine damno ab ea discedere; s. Reichhelm Versuch einer Auslegung dunkler Gesetze S. 235; Marezoll im civilist. Archiv Bd. VIII. S. 275., Albrecht Rechtsfälle Bd. III. S. 256. § 1. Da sich aber diese Auslegung nicht mit dem allgemeinen Grundsatz: semel heres semper heres vereinigen läßt, so ist gewiß derjenige Sinn vorzuziehen, welcher dem beneficio legis et inventarii blos die Wirkung beilegt, daß dadurch die frühere Gefahr der Erbschaftsantretung beseitiget ist, daß man also die Erbschaft antreten und dabei ohne Schaden wegkommen kann. Dafür hat man sich nun ziemlich allgemein entschieden; s. v. Buchholz in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 420., G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. III. S. 357., v. Vangerow im civilist. Archiv Bd. XXII. S. 151., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLI. S. 365.

Zu 4) Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 843. not. d. führt dies unter den Vortheilen des errichteten Inventars auf, auch verneint Mühlenbruch l. c. S. 380. schlechterdings, daß der Erbe die über sein Eigenthum getroffene Disposition des Erblassers gelten lassen

müsse. Allein dagegen ist einzuwenden, daß der Beneficialerbe in dem Fall allerdings zur Anerkennung verbunden werden kann, wenn ihm dafür hinreichende Vergütung aus der Erbschaft zukommt; Voet Comm. ad Pand. Lib. 6. tit. 1. no. 16., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 507. (170.), v. Buchholz l. c. S. 421. Sind aber der Erben mehrere, und der Erblasser hat nur über die Sache des Einen derselben disponirt, so braucht er nur nach Verhältniß seines Erbtheils, nicht auch für die Theile der übrigen Erben diese Disposition gelten zu lassen; l. 14. C. 3. 32. Darüber besteht übrigens kein Zweifel, daß der Beneficialerbe ein Vermächtniß, dessen Gegenstand seine eigene Sache ist, anzuerkennen verbunden sey, wenn er in der Erbschaft Entschädigung erhält; § 1. J. 2. 24. — l. 114. § 7. D. de leg. II. (31.)

Zu 5) Das in l. ult. § 11. C. 6. 30. verbotene inquietare begreift jede Verfolgung wegen Forderungen, daher dürfen während der Inventursfrist auch keine rechtskräftigen Erkenntnisse gegen den Beneficialerben vollzogen und keine Arreste angelegt werden; Lauterbach Diss. de inventario heredis § 17., Voet l. c. § 19., Albrecht Rechtsfälle Bd. III. S. 255., Mühlenbruch l. c. Bd. XLI. S. 366. Da aber das Gesetz ihn ausdrücklich nur gegen Legatare und Gläubiger schützt, wovon also auch hypothekarische Gläubiger nicht ausgenommen seyn können, der Vindicant hingegen nicht Creditor genannt werden kann, so ist wohl der Meinung beizustimmen, nach welcher Dritte, deren Eigenthum sich unter dem Nachlaß befindet, nicht verhindert werden können, dasselbe zu verfolgen; Voet l. c. Lib. 28. tit. 8. §. 17., v. Buchholz l. c. S. 412. not. 5., Mühlenbruch l. c.

Zu 6) Es scheint zwar nach l. 7. C. 4. 16., daß die Erbschaftsgläubiger kein Klagrecht gegen befriedigte Legatare haben: creditores hereditarios adversus legatarios non habere personalem actionem convenit, und deshalb spricht ihnen Elvers in d allgem. jurist. Zeitung v. J. 1830. no. 52. das Klagrecht ab, wofern nicht ihre Forderung speciell auf der legirten Sache haftet. Allein jene Gesetzesstelle muß wohl im beschränkten Sinn genommen werden, denn l. 22. § 5. C. 6. 30. gewährt ihnen gleichwohl die condictio indebiti; licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire vel hypothecis vel indebiti condictione uti, et haec, quae acceperint, recuperare: cum satis absurdum sit, creditoribus quidem jus suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare; s. Mühlenbruch l. c. Bd. XLI. S. 367. Mehreres hierüber s. Kap. X. § 10. no. III. 5.

Hat übrigens der Erbe einzelne Chirographargläubiger bezahlt, so können weder gleichberechtigte noch privilegirte Personalgläubiger gegen jene Einspruch machen, weil das Gesetz dieses Recht nur den hypothekarischen Gläubigern gegen schlechtere Pfandgläubiger und Chirographarier zugesteht, die empfangene Sache oder Zahlung mit der act. hypothecaria resp. der condictio ex lege herauszufordern; Glück P. C. Bd. XIII. S. 240., Bd. XLI. S. 371., Donell. Comm. Lib. VII. cap. 3. § 23., Zimmern Grundriß d. gem. in Deutschland geltenden Erbrechts. Anhang S. 71. Ueber die verschiedenartigen Collisionsfälle der Legatare mit Erbschaftsgläubigern sowohl, als mit Gläubigern des Erben s. Fritz im civilist. Archiv Bd. XII. S. 226.

Aus dem vorhin angeführten Grund wird man auch dem Erben, welcher vor Andern eine eigene Forderung sich selber validirt hat, um einer später sich herausstellenden Unzulänglichkeit des Vermögens willen nichts anhaben können, und die Zahlung dessen, was er selbst zu fordern hatte, eben so gut, als die an irgend einen anderen Gläubiger gemachte Zahlung gelten lassen müssen. Zwar gesteht v. Buchholz l. c. S. 420. dem Erben dieses Occupationsrecht nur in so weit zu, als er im Concurs mit den Mitgläubigern gleich classificirt werden würde, man wird aber, um Consequenz zu beobachten, diese Beschränkung nur dann gelten lassen können, wenn die Unzulänglichkeit des Vermögens schon damals, als er sich zahlte, vorhanden war, oder wenn er sich per gratificationem, nämlich während sich bereits andere Gläubiger um Zahlung gemeldet hatten, zahlte oder sonst eine mala fides gegen ihn dargethan werden kann; s. Mühlenbruch l. c. Bd. XLI. S. 368—372., Mevii Decis. P. II. no. 358. not. 4. Diese Rechtssätze sind übrigens in Folge des in Deutschland h. z. T. geregelten Concursverfahrens, welches eine höhere richterliche Thätigkeit in Ueberwachung streitiger Erbschaftsverhältnisse statuirt, in so fern einer Modification unterworfen, als eine die Gläubiger gefährdende Insolvenz des Nachlassers sogar ein amtliches Einschreiten rechtfertigt; Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. Bd. III. § 700., Curtius Handb. § 915. (Ed. 3.) Bei Legatarien kann insbesondere in Erwägung kommen, daß sie nicht wie Gläubiger ihren Anspruch schon von selbst kennen; s. Erk. d. O. A. Ger. in Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1853. S. 14.

Zu 7) Obwohl dies von Mehreren aus guten Gründen verneint wird, s. Spangenberg in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 233., Heffter im civilist. Archiv Bd. X. S. 342., Dabelow vom Concurs der Gläubiger Kap. X. a. E. S. 296., weil diese Wohlthat vom Kaiser Marc-Aurel nur dem unschlüssigen Erben famae defuncti con-

servandae causa zur Erleichterung der Erbschaftsantretung verliehen war, l. 7. § 17. 19. l. 8. l. 10. D. 2. 14., nachdem aber in der Folge das beneficium inventarii eingeführt worden ist, jener Grund offenbar wegfällt, so ist doch in der obgleich vielfach getadelten Praxis (s. Braun Erörterungen zu Thibaut S. 844., Mühlenbruch l. c. Bd. XLI. S. 375.) ziemlich allgemein angenommen, daß die Grundsätze d. R. R. vom pacto remissorio auf jedes in Concurs gerathene Vermögen Anwendung fänden; s. Pfeiffer prakt. Ausführ. Th. III. S. 11., Happel Anleitung zum Verfahren, Concursprocesse zu vermeiden § 137., Voet Comm. ad Pand. Lib. 2. tit. 14. § 26., Schweppe vom Concurs § 19., W. H. Puchta Concursproceß § 210. Richtiger wäre es wohl mit Mühlenbruch Lehrb. d. Pand. Bd. I. § 172., nicht dem Erben, sondern nur den Verlassenschaftsgläubigern in ihrem Interesse eine solche Convention mit dem Zwangsrecht gegen die Minderzahl zuzugestehen.

Zu 8) Es wird zwar, s. Mevii Dec. P. IV. Dec. 92., gegen die Zulässigkeit einer Eideszuschiebung eingewendet, daß diese zum directen Gegenbeweis nicht stattfinde, während das Inventar für den Erben volle Beweiskraft hat, allein dagegen ist zu erinnern, daß das Recht der Interessenten, von dem Erben einen Eid zu verlangen, nicht an die Bedingungen des processualischen Gegenbeweises gebunden sey, vielmehr der Manifestationseid nach l. 22. § 10. D. 28. 8. ohne weitere Bescheinigung der Verdachtsgründe von allen denjenigen gefordert werden kann, welche kurz vor oder nach dem Tode des Erblassers in dessen Haus sich aufgehalten haben; s. Glück P. C. Bd. XI. S. 35., Bd. XLI. S. 411., Leyser Sp. 364. Med. 6. u. 7. Dies ist um so mehr anzunehmen, als h. z. T. die strengen formellen Bestimmungen d. R. R. über die Art der Inventurserrichtung, an welche sich doch die dem Inventar verliehene Beweiskraft knüpfte, meist außer Gebrauch gekommen sind; s. Mühlenbruch l. c. Bd. XLI. S. 362—364. u. 427.

Zu 9) Da der Erbe solches Güterverzeichniß anerkennen muß, und nur den Gläubigern der Gegenbeweis nachgelassen ist, so ist die Erbschaftsantretung unter Berufung auf jenes Inventar, wenn sie in der gesetzlichen Inventursfrist erfolgt, für hinreichend zu achten; s. Mühlenbruch l. c. S. 428.

Zu 10) Daß dieses den Miterben nicht zu Statten komme, wenn es gleich die ganze Erbmasse umfaßt, ist außer Zweifel; s. v. Buchholz in Linde's Zeitschr. Bd. X. S. 449., Mühlenbruch l. c. S. 398. u. 428.

Zu 11) Die Inventur liegt immer nur dem Erben ob, und dies ist und bleibt der Fiduciar, daher der Fideicommissar nicht nur nicht nöthig hat, ein Inventar zu errichten, sondern auch nicht einmal durch dessen Errichtung sich die Vortheile verschaffen kann, welche mit dem Gebrauch des beneficii inventarii verbunden gewesen wären, wenn es der Fiduciarerbe nicht unterlassen hätte; Voet Comm. ad Pand. Lib. 28. tit. 8. § 26., Mühlenbruch l. c. S. 432.

Zu 12) Dritte, z. B. Gläubiger, können natürlich durch eine solche Anordnung des Testirers, daß seinem Erben die Inventur erlassen seyn soll, nicht verhindert werden, ein gehörig beglaubigtes Inventar zu verlangen, und der Erbe kann sich durch freiwillige Errichtung desselben immer noch das Recht eines Beneficialerben verschaffen. Hat aber der Erblasser das Inventiren gar verboten, so ist dies für Dritte wohl wieder eben so wenig bindend, und eben so wenig auch für den, welchem nur der Pflichttheil hinterlassen ist, s. Leyser Sp. 364. Med. 1.; aber dem Erben selbst bleibt dann nichts übrig, als sich nach möglichster Kenntnißnahme von den Verhältnissen der Erbschaft unbedingt zur Annahme oder Repudiation zu entschließen; Leyser l. c. Med. 1—3., Mühlenbruch l. c. Bd. XLI. S. 434., Schröder D. de inventarii confectione § 4—6., Rumpff D. de jure deliberandi § 31.

Zu 13) Abgesehen vom Sächsischen Recht kann dies nicht angenommen werden, ausgenommen a) wo besondere Gesetze und Gewohnheiten es gestatten, s. Leyser Med. Sp. 365., v. Hartitzsch Erbrecht § 209. nota e.; b) wenn der Erbe ohne seine Schuld an der Errichtung eines förmlichen Inventars verhindert worden ist; Mevii Decis. P. VI. Dec. 180., Struben rechtl. Bedenken Bd. III. no. 86., Thibaut System § 877. (Ed. 8.)

---

§ 3. Beneficium separationis.

Dig. XLII. 6. de separationibus. Cod. VII. 72. de bonis auctor. jud. possid. seu venund. et de separatione bonorum.

Gleichwie der Erbe durch das beneficium inventarii in den Stand gesetzt wird, sich gegen die absolute Identificirung mit seinem Erblasser, in so fern sie ihm wegen der Schulden desselben gefährlich werden könnte, zu wahren, so ist umgewandt den Gläubigern, sowie den Legataren des Erblassers, wenn es mit dem Vermögen des Erben bedenklich aussieht, in dem beneficio separationis bo-

norum ein Hülfsmittel gegeben, um nicht anstatt eines besseren einen schlechteren Schuldner zu bekommen, und mit den Gläubigern des Erben zusammengeworfen zu werden. Diese Rechtswohlthat kann jedoch von solchen Gläubigern, welche sich nur an die Erbschaft halten und an das Vermögen des Erben durchaus keine Ansprüche machen wollen, nur innerhalb 5 Jahren nach angetretener Erbschaft, und nur in so weit nicht schon eine solche Vermischung der Güter eingetreten ist, welche eine Ausscheidung unmöglich macht, l. 1. § 12. D. 42. 6., oder der Erbe die Erbschaft nicht schon in gutem Glauben verkauft hat, l. 2. D. eod., geltend gemacht werden. Die Separation ist von den Gläubigern des Erblassers nicht bei dem Gericht, unter welchem dieser gestanden hat, sondern bei dem foro des Erben nachzusuchen; s. Dabelow Entwickel. d. Lehre vom Concurs der Gläubiger S. 340.

Da die Gesetze keine Distinction machen, so ist die Meinung einiger Rechtslehrer, s. Brunnemann Tr. de concursu cred. § 12., v. Cramer Wetzlarische Nebenstunden Th. XCIV. no. 11., welche die Pfandgläubiger des Verstorbenen nicht zum Separationsrecht zulassen wollen, zu verwerfen: Dabelow l. c. S. 332, Frick D. de debitoris demortui creditor. ad separat. benef. admittendis. pag. 19., Heimbach im Rechtsler. Bd. I. S. 919.

Nach l. 1. § 7. D. 42. 6. können bei dem Concurse des Pupillarsubstituten eines Unmündigen, welcher die ihm von seinem verstorbenen Vater hinterlassene Erbschaft erworben, und sie bei seinem Tode dem im väterlichen Testament ernannten Substituten hinterlassen hat, nicht allein die Gläubiger des Vaters des Unmündigen, sondern auch die des Unmündigen selbst die Separation verlangen.

In l. 1. § 6. D. eod. ist bestimmt: wenn Jemand eine fremde Erbschaft, die er an einen Fideicommissar restituiren soll, für insolvent hält, aber durch die Obrigkeit zur Antretung gezwungen wird, so hat, im Fall der Fideicommißerbe wegfällt, der Fiduciar das Recht, auf Trennung der in seiner Person vereinigten Vermögensmassen in der Maße anzutragen, daß zu den Gütern des Erblassers Concurs eröffnet wird, gleich als ob die Erbschaft gar nicht angetreten wäre; s. Dabelow l. c. S. 336. Den creditoribus peculii castrensis wird in der Praxis die Absonderung wegen des ihnen auf diesem Sondergut gebührenden Vorzugs gestattet; s. Schweppe röm. Privatrecht Bd. IV. § 650. Verschiedene Ansichten s. Fritz im civilist. Archiv Bd. XII. S. 328.

Die Pandectenstelle l. 5. § 15. 16. D. 15. 4., auf deren Grund den Gläubigern eines Kaufmanns, welcher an verschiedenen Orten abgesonderte Läden, und in Ansehung deren verschiedene Schulden contrahirt hat, ein Quasi-Separationsrecht eingeräumt zu werden pflegt, ist wohl nur von den Verhältnissen zu verstehen, welche durch die act. tributoria herbeigeführt werden; s. Schweppe l. c. S. 347., Heimbach l. c. S. 923.

Mehrere großentheils zweifelhafte Fälle eines in Praxi ex analogia statuirten Separationsrechts, s. Heimbach l. c. Unbedenklich scheinen nach Dabelow l. c. S. 358—372. die Fälle einer utilis vindicatio z. B. a) der Ehefrau an den Sachen, welche der Ehemann mit dem ihm von ihr geschenkten Geld gekauft hat; l. 55. D. 24. 1., desgleichen an den vom Ehemann mit Dotalgeldern seiner Ehefrau erworbenen Sachen; l. 54. D. 23. 3. — b) dem Curanden an den Sachen, welche der Vormund auf seinen Namen mit dem Geld des Pupillen gekauft hat; l. 2. D. 26. 9. — c) des Soldaten, mit dessen Geld ein Anderer nicht auf des Soldaten, sondern auf seinen eigenen Namen erkauft hat; l. 8. C. 3. 32. Hiernächst fragt sich:

1) Gebührt dieses Recht auch Miterben, welche zugleich Erbschaftsgläubiger sind, gegen den Miterben?
2) auch solchen Gläubigern, welche nur eine bedingte oder betagte Forderung haben?
3) Können auch Gläubiger des Erben, wenn sie befürchten, daß durch dessen Erbschaftsantritt und durch Zugesellung der Erbschaftsgläubiger sich seine Umstände verschlechtern, eine Trennung des Vermögens verlangen?
4) Wenn die Erbschaftsgläubiger ihre Forderungen bereits gegen den Erben eingeklagt haben, können sie dann doch noch die Separation verlangen?
5) Bedürfen dieselben der Separation nicht, wenn der Erbe ein Inventar errichtet hat?
6) Indem die Erbschaftsgläubiger durch Erlangung der Separation ihre Ansprüche an das Vermögen des Erben gänzlich verlieren, l. 1. § 17. l. 5. D. 46. 2. fragt sich, ob ihnen dagegen durch Restitution geholfen werden kann?

Zu 1) Allerdings; s. l. 6. C. 4. 16. — l. 7. C. 7. 72., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. S. 184.

Zu 2) Auch ihnen kann dieses beneficium nicht versagt werden; l. 4. pr. D. 42. 6. quoniam et ipsis cautione communi consuletur.

Zu 3) Diesen ist das beneficium separationis ausdrücklich abgesprochen; l. 1. § 2. 5. u. 8. D. 42. 6.

Eine Ausnahme gilt nur in dem Fall, wenn der Erbe genöthigt wird, eine Erbschaft, wenn sie ihm gleich suspect scheint, dennoch anzutreten, damit er die ihm vom Testator auferlegte Verbindlichkeit, sie an einen Fideicommissar abzuliefern, erfüllen könne, und dann der Fideicommissar ihm die Erbschaft nicht abnehmen mag.

Sowie in diesem Fall der Erbe selbst sich Restitution erwirken kann, so daß es gehalten wird, als wenn er gar nicht angetreten hätte, und aus dem verschuldeten Erbschaftsvermögen eine Concursmasse gebildet wird, so können, wenn der Erbe dies unterläßt, auch seine Gläubiger diese Art von Sonderung verlangen; l. 1. § 5—8. D. 42. 6., Schweppe l. c. Bd. V. § 849. not. 6., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 322.

Zu 4) Die nachzusuchende Separation ist zwar dadurch bedingt, daß die Erbschaftsgläubiger sich mit dem Erben wegen ihrer Bezahlung noch nicht eingelassen haben (non heredis fidem secuti sint), und l. 1. § 10. 11. 15. D. 42. 6. bezeichnet mehrere Fälle solcher Einlassung:

a) qui novandi animo ab herede stipulati sunt,

b) qui usuras ab eo ea mente, quasi eum eligendo, exegerunt,

c) qui satis acceperunt ab eo,

d) qui pignus ab herede acceperunt,

aber die bloße Klagstellung gegen den Erben kann nicht präjudiciren; l. 7. D. 42. 6. — l. 2. C. 7. 72., v. Wening-Ingenheim l. c.

Zu 5) Manche Rechtslehrer sind der Meinung, daß die Erbschaftsgläubiger solchenfalls nicht nöthig hätten, die Separation zu begehren, weil da die Erbschaft schon von selbst vom Vermögen des Erben gesondert erscheine; s. Lauterbach Coll. th. pr. Pand. tit. de separat. § 37., Carrach Differentiae jur. Rom. et Germ. in beneficio separat. § 10.

Allein es ist schon überhaupt eine irrige Ansicht, daß das beneficium inventarii ein absolutes Mittel gegen eine confusio bonorum sey, hiernächst ist es ja blos ein beneficium des Erben, es ist daher mit mehr Grund anzunehmen, daß die Erbschaftsgläubiger, wenn sie das benefic. separationis geltend machen wollen, dieses selbstständig in der gesetzlichen Frist thun müssen; Dabelow ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger S. 344. 2c., v. Wening-Ingenheim l. c. Bd. III. § 508. (172.), Schweppe l. c. § 849.

Zu 6) Die Restitution wird wegen verzeihlicher Unwissenheit zugelassen; Schweppe l. c., v. Wening-Ingenheim l. c., Lauterbach l. c. cap. 6. § 4.

Kapitel VII.

Rechtsmittel des Erben.

Dig. V. 3. de hereditatis petitione. V. 4. si pars hereditatis petatur. V. 5. de possessoria hereditatis petitione. V. 6. de fideicommissaria hereditatis petitione. Cod. III. 31. de petitione hereditatis. Dig. XLIII. 2. Cod. VIII. 2. quorum bonorum. Cod. VI. 33. de Edicto Divi Hadriani tollendo. Dig. XXXVII. 9. de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus. Dig. XXV. 5. si ventris nomine muliere in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur. Dig. XXV. 6. si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur. Dig. XXXVII. 3. de bonor. possess. furioso, infanti, muto, surdo, coeco competente. Dig. XXXVII. 10. Cod. VI. 17. de Carboniano edicto. Cod. III. 20. ubi de hereditate agatur, vel ubi heredes scripti in possessionem mitti postulare debeant.

1) Die hereditatis petitio ist bekanntlich eine actio mixta,*) welche vom Erben und Universalfideicommissar, oder auch

*) tam realis quam personalis und findet daher auch gegen den Statt, welcher von seinem ehemaligen Besitz eines erbschaftlichen Gegenstandes noch einen Vortheil hat; l. 19. pr. l. 20. § 6. l 25. § 18. l. 28. D. 5. 3. v. Buchholz hat zwar in seiner Recension der 1. Aufl. dieses Werks obigen Satz für eine bekannte Unrichtigkeit erklärt; s. Richter u. Schneider krit. Jahrb. v. J. 1848. Bd. XXIV. S. 974. Aber ungeachtet derselbe in s. jurist. Abh. no. 1. S. 22. die H. P. schlechthin den Realklagen subsumirt, rechtfertigt sich unser Satz gleichwohl dadurch, daß sie, wenn auch hauptsächlich Realklage, doch häufig persönliche Leistungen bezielt; s. Arndts im Rechtslex. Bd. V. S. 233., Fabricius im Rhein. Museum Bd. IV. S. 184. u. 194. Justinian hat sie auch den b. f. act. zugesellt; § 28. J. 4. 6. Einen Vorwurf hätte der Verf. wohl nur dann verdient, wenn er, wie früher Roßhirt im civilist. Archiv. Bd. IX. S. 32. die H. P. für eine reine Personalklage erklärt hätte. Ob man aber wegen der unstreitig in ihr ver-

vom Erbschaftskäufer rc. l. 54. pr. D. 5. 3. nach entweder wirklich erfolgtem oder rechtlich fingirtem Tod des Erblassers total oder partial gegen den entweder pro herede oder pro possessore possidentem, wie auch gegen den possessor fictus und gegen deren Erben angestellt werden kann, um die Herausgabe der Erbschaft, oder des dem Kläger gebührenden Theils, oder dessen, was der Beklagte davon besitzt, cum omni causa zu bewirken. Auch derjenige, welcher nichts von den Erbschaftssachen besitzt, weil diese sich in den Händen eines Erbschaftscurators befinden, erscheint nach l. 13. § 13. D. 5. 3., wenn er die Erbschaft für sich in Anspruch nimmt, als der rechte Beklagte, weil ja der Curator einer hereditas jacens nur in fremdem Namen besitzt; Flach Entsch. d. O. A. Ger. in Wiesbaden Th. I. S. 77. Kann aber derjenige, welcher auf zweierlei Art ein Erbrecht behaupten kann, wenn er zuerst aus dem Testament klagte, aber wegen dessen Ungültigkeit den Proceß verlor, nun noch ein Intestaterbrecht libelliren?

1 a) Wenn zuerst auf Herausgabe eines Legats geklagt wurde, steht die erfolgte Entscheidung einer neuen Klage auf Zuerkennung der ganzen Erbschaft als res judicata im Wege?

2) Wenn der Erbschaftsklage aus einem Testament die Einrede der Ungültigkeit desselben entgegengesetzt wird, was ist dann wegen Versicherung der Erbschaft Rechtens?

3) Da die H. P. nicht gegen Jeden, welcher aus irgend einem vermeintlichen Grund Erbschaftsstücke in Händen hat, sondern nur gegen den, welcher sie pro herede oder pro possessore besitzt, stattfindet, und h. z. T. die zur nothwendigen Vorkenntniß darüber, ob nicht der Besitzer ex titulo singulari den Besitz ausübe, führenden interrogationes in jure nicht mehr gebräuchlich sind, wie hat sich

---

einigten verschiedenen Elemente mit Hübners Zusätzen und Berichtigungen zu Höpfner Instit. Comm. S. 122. sagen will, sie sey eine doppelte Klage, oder, wie die Meisten, sie sey eine gemischte Klage, oder nach Puchta Vorlesungen Bd. II. S. 415. „die H. P. hat die Beimischung von der Natur einer persönlichen Klage erhalten," ist wohl sehr gleichgültig. Der große Cujac. T. IX. pag. 171. der Neapolitaner Ausg. sagt: Sic igitur, qui petit hereditatem, agit in rem et in personam: igitur petitio hereditatis agit in rem et in personam: igitur petitio hereditatis mixta est actio. — Die Kaiser Diocletian u. Maximinian erklären sie selbst für eine act. mixta, l. 7. C. 3. 31. und l. 25. § 18. D. 5. 3. sagt ungefähr dasselbe.

der Kläger gegen die Gefahr einer unstatthaften Klage vorzusehen?

4) Kann, wenn ein anmaßlicher Erbe die Erbschaft als eine universitas verkauft hat, auch ein solcher Erbschaftskäufer mit der H. P. belangt werden?

5) Kann der Kläger, wenn er gegen einen fictus possessor den Werth der Erbschaft sammt dem Interesse obtinirt hat, dann doch noch den wahren Besitzer derselben in Anspruch nehmen?

6) Was kann der, welcher mit der H. P. belangt worden ist, in Abrechnung bringen?

7) Haben die Erben eines mit der hereditatis petitio belangten Besitzers einer fremden Verlassenschaft in solidum, oder hat nur Jeder für das zu haften, was er aus der fremden Verlassenschaft erhalten hat?

8) Kann der petitor oder possessor hereditatis, während ein Erbschaftsstreit schwebt oder bevorsteht, gegen Erbschaftsschuldner oder Besitzer von Erbschaftssachen klagen?

9) Können im gleichen Fall die Erbschaftsgläubiger oder Legatare gegen den possessor oder petitor hereditatis ungehindert Klage erheben?

10) Ist das interdictum quorum bonorum, durch welches man den Besitz der Gesammtheit der Erbschaftssachen — oder wenigstens aller körperlichen Sachen — l. 1. § 1. l. 2. D. 43. 2. zu erlangen sucht, blos provisorischer Natur?

11) Ein blos für die testamentarische Erbschaft brauchbares Rechtsmittel zur Erlangung der missio in possessionem, wenigstens auf alle Gegenstände eines körperlichen Besitzes,*) ist bekanntlich das rem. ex l. ult. C. de Edicto Divi Hadriani tollendo (6. 33.). Es fragt sich dabei

a) ob es auch aus einem mündlichen Testament ertheilt werde?

b) ob auch aus einem Erbvertrag?

*) Darauf wird häufig die missio von den Rechtslehrern beschränkt, s. v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 331. Das Gesetz sagt aber: mittatur in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, worunter nach dem Begriff einer universitas wohl der Besitz aller Erbschaftsgüter oder der Erbschaft zu verstehen seyn dürfte; Mackeldey Lehrb. § 693., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 858., Mühlenbruch Lehrb. d. Pandectenrechts § 717. not. 5. 3. Aufl., Gerau in Linde's Zeitschr. Bd. XX. S. 315.

c) ob es blos von dem im Testament eingesetzten Erben, oder auch von dem darin ernannten Executor angestellt werden kann?

d) was für Einreden in contradictorio zulässig sind?

12) Wie muß der Erbschaftskläger ein behauptetes Intestaterbrecht darthun?

Anmerkung. In Ansehung der missio in possessionem ventris nomine ex Edicto Carboniano und furiosi nomine wird auf die Lehrbücher verwiesen. Insbesondere vom Ed. Carboniano, s. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 512.

Zu 1) Bejahend entscheidet l. 8. D. 5. 3. legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui, cum ignorabat vires testamenti, judicium defuncti secutus est.

Zu 1*) Dahin, daß exc. rei jud. hier nicht entgegenstehe, wurde in einem im Archiv für d. Civil.= u. Criminalr. d. K. Preuß. Rheinprovinzen Bd. XIII. Abth. I. S. 75. erzählten Fall entschieden.

Zu 2) Der Beklagte muß vorerst Caution leisten, und dann erst soll über die quaestio falsi erkannt werden, l. 5. § 1. D. 5. 3., Glück P. C. Bd. VII. S. 509., wobei dem Kläger der Beweis, daß das Testament auf rechtsgültige Art errichtet worden sey, obliegt; Glück l. c.

Zu 3) Die Praktiker helfen hier durch eine alternative Cumulation der Erbschaftsklage mit der Reivindication ab; Glück l. c. S. 520. Da man aber h. z. T. die Klage nicht zu benennen braucht, so wird der Kläger sich blos dahin vorsehen dürfen, daß seine Ausdrücke ebensowohl auf die Vindication, als auf die H. P. passen. Wenn aber der Kläger diese Vorsicht nicht gebraucht und seine Klage hereditatis petitio genannt hat, dürfte wohl der Richter, einer irrigen Benennung ungeachtet, die Klage in der Art, wie sie rechtlich bestehen kann, aufrecht halten; Leyser Med. ad Pand. Vol. II. Sp. 94. M. 2.

Zu 4) Nur wenn er in mala fide war, findet gegen ihn hereditatis petitio utilis Statt; wenn er aber nicht wußte, daß seinem Verkäufer kein Recht an der Sache zustehe, so haftet er erst dann, wenn gegen den Verkäufer die Erbschaftsklage zwar angestellt wurde, aber nichts erholt werden konnte, mithin nur in subsidium, und nur so weit er bereichert ist; l. 13. § 4. D. 5. 3., Glück l. c.

Zu 5) Von Mehreren wird dieses zwar, weil nach l. 57. D. 50. 17. Niemand das Seinige doppelt fordern könne, auch solches insbesondere mit l. 46. D. 6. 1. unvereinbar scheine, verneint; s. Voet Comm ad Pand. Lib. 5. tit. 3. § 8., Hellfeld Jurispr. for.

§ 565.; aber das Uebergewicht an Gründen und an Zahl ist auf Seite derjenigen, welche annehmen, daß das, was der Kläger zur Strafe vom fictus possessor erlangt, ihn nicht hindere, sein eigentliches Recht gegen den wahren Besitzer zu verfolgen. So entscheidet auch deutlich l. 13. § 14. D. 5. 2. — l. 7. D. 6. 1. — l. 95. § 9. D. 46. 3., Glück l. c. S. 530. u. 531. not. 8. und die dort angeführten Schriftsteller.

Zu 6) Nicht nur, was er schon vor Uebernahme der Erbschaft am Nachlaß zu fordern hatte, sondern auch, wenn er bona fide besaß, selbst solche Forderungen, wofür ihm kein Klagrecht gegeben gewesen wäre; l. 13. § 1. D. 5. 3. — Glück l. c. S. 571.; ferner, was er auf die Person des Erblassers für Krankheits= und Beerdigungskosten verwendet hat, Zahlungen an Erbschaftsgläubiger und Legatare, endlich die auf die zu restituirenden Früchte verwandten Unkosten. Uebrigens ist hierbei zwischen dem bonae und malae fidei possessor zu unterscheiden. Nur Ersterer kann Verwendungen auf Früchte, aus denen ohne seine Schuld nichts geworden ist, ferner auch für nicht mehr existirende nothwendige, nützliche und blos zur Zierde gereichende Verwendungen Vergütung verlangen, Letzterer nur für nothwendige, für voluptuöse gar nicht, und für nützliche nur, in so fern sie noch vorhanden sind; Glück l. c. Von dem Zeitpunkt an, quo primum scierit quisque a se peti wird aber auch der mit der hereditatis petitio belangte bonae fidei possessor dem malae fidei possessor gleich gehalten in Ansehung der Prästation der culpa, der Verbindlichkeit zur Restitution der Früchte, und insbesondere in Betreff der Ersatzverbindlichkeit wegen später erst vorgenommener Veräußerungen aus der Erbmasse, sowie in Ansehung der Verpflichtung zur Verzinsung der aus früheren Veräußerungen gewonnenen Kaufpreise; l. 20. § 11. l. 25. § 7. l. 31. § 3. D. 5. 3. Nur auf die beiden letzten Wirkungen will zwar diese Gleichstellung beschränken Dollmann in Seuffert Blätter f. Rechtsanw. Bd. VI. S. 355., dagegen Arndts im Rechtslex. Bd. V. S. 227. not. 122. diese Beschränkung den Worten und dem Geist der einschlagenden Gesetze zuwider findet, aber auch gemäß l. 40. pr. D. 5. 3. gegen eine Ausdehnung entscheidet, welche man in v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. III. S. 344. (Ed. 4.) behauptet findet, als hafte er von erhobener Klage an auch für casus, wogegen sich auch v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 362. § 506. a. E. erklärt.

Wenn dem b. f. possessor die Erbschaft evincirt wird, so kann er dem Kläger gleichwohl die bezahlten Legate, wenn sie gleich durch die Eviction als ungültig hinwegfallen, nach l. 17. D. 5. 3. in Aufrechnung bringen; hat er aber sonst Nichtschulden bezahlt, so kann

er dies nicht; l. 20. § 18. D. eod. Zwar glaubt v. Vangerow l. c. S. 365. den wörtlichen Inhalt der l. 20. cit. nec imputaturum, quod non debitum solvit auf den possessor b. f. *post controversiam motam* einschränken zu müssen, um dem b. f. possessor *ante controversiam motam* jedenfalls allen Schaden abzunehmen, er mag nun ungültige Legate oder Nichtschulden bezahlt haben; aber im ersten Fall verdient er zwar Schonung, weil er den Willen des Erblassers vollzog, dagegen der zweite Fall über der Gränze hinaus liegt, welche das Gesetz zu ziehen nöthig fand, um den wahren Erben gegen den Leichtsinn des vermeintlichen Erben zu schützen; s. Arndts im Rechtslex. Bd. V. S. 231., welcher indessen einräumt, daß der b. f. possessor, wenn er irrthümlich angenommene Schulden aus den Erbschaftsgeldern selbst gezahlt hat, welchenfalls er nicht weiter bereichert ist, nur seine Klagen (cond. indeb.) abzutreten braucht; l. 31. pr. cf. l. 25. § 11. l. 16. § 7. D. 5. 3.

Zu 7) Der Kläger kann beliebig einen der Miterben ganz eigentlich auf Herausgabe des Nachlasses belangen, dieser muß alsdann alles Mögliche anwenden, um die hereditas des Klägers zur vollen Anerkennung zu bringen, muß das Inventar oder die eidliche Specification des Nachlasses herausgeben und sämmtliche Miterben zur getreuen Herausgabe dessen, was sie in Händen haben, nach Maßgabe des Inventars auffordern, er kann auch für die Andern zahlen und es mit dem judicio communi dividundo wieder von ihnen einklagen, aber er haftet im Nothfall doch nur für das, was er selbst besitzt, s. l. 32. pr. D. 15. 1., und die übrigen Miterben können alsdann, ob sie gleich durch die Klage gegen den Einen von ihren unmittelbaren Verpflichtungen gegen den Kläger der Strenge des Rechts nach losgesprochen sind, gleichwohl von ihm noch hinterher einzeln auf Herausgabe alles dessen, was sie noch in Händen haben, sammt den Nutzungen und Kosten belangt werden; l. 1. § 1. D. 43. 2. — l. 1. § 1. D. 5. 4. — l. 8. in f. D. 6. 1. — l. 7. D. 5. 4., Elvers allgem. jurist. Zeitg. v. J. 1828. no. 104.*)

Zu 8) Offenbar scheint da dem Kläger exceptio praejudicii entgegenzustehen, wie in mehreren Gesetzen anerkannt ist, l. 5. § 2. l. 25. § 17. D. 5. 3. — l. 12. C. 3. 31. — l. 32. § 10. D. 4. 8. — l. 1. § 1. D. 10. 2. — l. 5. D. 43. 5. und die Gefahr einander zuwiderlaufender Erkenntnisse wird auch dann nicht als durchaus beseitigt

*) Alles dies ist Folge von dem Rechtsbegriff der hereditas als einer universitas, einer res individua.



betrachtet werden können, wenn der possessor oder petitor hereditatis erst post litem de hereditate *contestatam* die Klage auf Herausgabe einzelner Erbschaftssachen anstellt, welchenfalls Julian in l. 13. D. 44. 1. statuirt: non obstare exceptionem. Diese Gesetzstelle ist daher mit den übrigen wohl nicht zu vereinigen, wenn man nicht durch eine Emendation statt „contestatum" liest: *concertatam* seu finitam, wie Donell. Commentar. Lib. XIX. cap. 15. § 12. vorschlägt, um den Vordersatz mit dem Nachsatz: *futuri* enim judicii non *facti* nomine hujusmodi exceptiones comparatae sunt, vergl. Cujacius Obs. IX. 27. und die deutsche Uebersetzung des Corpus juris, Bd. IV. S. 531. not. 10. in Einklang zu setzen. Freilich kommt dann nur ein sehr trivialer Sinn, wie v. Vangerow Pand. Bd. II. § 508. I. bemerkt, heraus.

Indessen mußten die Gesetze doch verhüten, daß nicht, indem sie die Rechtsverfolgung hinderten, sogar das gute Recht selbst zerstört würde. Hiernach erklärt sich l. 49. D. 5. 3. si bonae fidei possessor hereditatis velit cum debitoribus hereditariis, aut iis, qui res hereditarias occuparunt, consistere, audietur, utique, si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant.

In dem heutigen Proceß dürften wohl auf dem Weg der Intervention, Adcitation und provisorischer Maßregeln ausreichende Mittel gegeben seyn, um die Interessen keines Theils zu gefährden. Mehreres s. Sintenis Civilr. Bd. III. S. 585. rc. not. 21.

Zu 9)*) Legatare können sich sogleich an den Honorirten halten, müssen aber diesem Cautionem de restituendo leisten, l. ult. C. 3. 31. vergl. l. 48. § 1. de legat. II. (31.) — l. 3. § 6. etc. l. 4. l. 8. D. 35. 3. — l. 9. C. 6. 37.

Gläubigern des Erblassers kann niemals die exceptio praejudicii entgegengesetzt werden. Fordern sie eine bestimmte Sache, so halten sie sich natürlich an deren Besitzer, haben sie aber eine Quantität oder eine Gattung von Sachen zu fordern, so können sie sich nach Willkühr an den petitor oder possessor halten. Unterliegt dann der possessor im Erbschaftsstreit, so kann er für den Betrag dessen, was er an Erbschaftsgläubiger zahlen mußte, nun an der von ihm herauszugebenden Erbschaft das Retentionsrecht ausüben; unterliegt der petitor, und es ist nicht schon im Urtheil über die H. P. für seine Entschädigung Sorge

---

*) Von den Rechtsmitteln desjenigen, welchem, nachdem er bereits Legate oder Schulden bezahlt hat, die Erbschaft evincirt wird, s. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 508. III.

getragen, so soll ihm act. negot. gest. oder eine condictio ex lege (l. ult. C. 3. 31.) zustehen, s. v. Vangerow l. c. § 508. II. 2., Thibaut System § 893. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 515. (197.)

Zu 10) In der Praxis war die bejahende Meinung, mit der Folge, daß nachher immer noch die H. P. angestellt werden könne, stets angenommen, daher auch nur ein summarisches Verfahren für das Interdict beobachtet und Bescheinigung für hinreichend erkannt wurde. In der Theorie ist man nun zwar nicht darüber einig, indem besonders v. Savigny in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. V. no. 1. und Bd. VI. no. 3. an dem interd. quorum bonorum, sowie an den andern Interdicten die Eigenschaft eines summarischen und blos provisorischen remedii läugnete. Indessen ist v. Savigny's Meinung, welche übrigens mehrere Gegner, s. Thibaut civilist. Archiv Bd. X. no. 23., v. Löhr daselbst Bd. XII. S. 85., Mühlenbruch Entwurf d. Civilproc. S. 235. ꝛc. und neuerlich in v. Vangerow l. c. § 509. eine umfängliche Widerlegung gefunden hat, wohl nie in die Praxis eingedrungen; Schweppe röm. Privatr. Th. V. § 858., Puchta Lehrb. § 510., Leyser Med. Sp. 500. Med. 2., Seuffert und Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. V. S. 257., vergl. Fabricius Rhein. Museum Bd. IV. S. 165.

Zu 11) Die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels auch in dem

zu a) bezeichneten Fall wird zwar von Manchen vertheidigt, allein aus dem Gesetz kann diese Meinung, wenn man nicht etwa ein testamentum nuncupativum in scripturam redactum im Sinne hat, s. Geiger u. Glück Rechtsfälle Th. I. no. 7., wohl nicht gerechtfertigt werden; s. v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 325., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 518. (201.)

Zu b) Die Bejahung dieser Frage s. Stryck Us. mod. Lib. 43. tit. 2. § 2., scheint keinem gegründeten Zweifel unterworfen.

Zu c) Unstreitig steht es nach l. 3. C. 6. 33. nur dem heres ex asse vel ex parte zu, daher auch dem fideicommissarius universalis, nicht auch singularis und legatarius.*) Dem Testamentsexecutor wird es, — wie schon oben S. 704. Kap. III. § 9. zur Fr. 5. bemerkt wurde — indem er vice et loco heredis betrachtet wird, ex opinione

---

*) Daß dasselbe auch legatariis zustehe, wie Leyser Sp. 381. Med. 5. annimmt, und wofür Mynsinger Cent. 5. Obs. 61. die reichsgerichtliche Praxis behauptet, ist eine nun wohl allgemein verworfene Meinung; s. v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 325.

Doctorum gleichfalls eingeräumt, s. Lauterbach Diss. de executoribus ultimarum voluntatum cap. 9. no. 25. Doch dürfte dies in dem Fall, wo unter mehreren Testamentserben selbst Streit über die Gültigkeit des Testaments obwaltet, und der Testamentsvollzieher sich nicht wohl als executor universalis schon vorläufig behaupten kann, eine Ausnahme leiden und vielmehr die obrigkeitliche cura hereditatis eintreten.

Zu d) Nach den Regeln des summarischen Processes können gewiß nur solche Einreden wirksam werden, welche sogleich liquid gemacht werden können; v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 518. (201.) Dazu gehört, nach dem Inhalt des Gesetzes selbst, die Einrede der Verjährung, und ohne Zweifel auch die Berufung auf ein vorliegendes späteres mit keinem sichtlichen Fehler behaftetes Testament; s. v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 333., Mayer Erbrecht Bd. I. S. 420., v. Vangerow l. c. § 510. not. 2. — l. 3. C. 6. 33. sagt: ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit: sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit.

Indem man gewöhnlich nur Einreden, welche sich auf ein vitium visibile des Testaments gründen, als zulässig betrachtet, — denn gegen weitere Ausdehnung auf materielle Mängel ist besonders entscheidend l. 2. C. 6. 33. und Pauli rec. sent. III. 5. § 14., v. Löhr in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 339. — führt Leyser Sp. 500. Med. 14—19. mehrere Beispiele von vitia visibilia an, und führt sie auf den Grundsatz zurück: erit vitium visibile, quum requisitum quoddam essentiale testamenti in protocollo aut instrumento non apparet. Es ist demnach als ziemlich allgemein anerkannt anzunehmen, daß Einreden, welche auf innere Mängel des Testaments, z. B. der fehlenden testamenti factio, der Verfälschung, Inofficiosität und dergleichen gegründet werden, lediglich in das Petitorium zu verweisen seyen. Von selbst versteht es sich übrigens, daß das remedium qu. eben so wenig als die H. P. gegen Jemanden, der etwas aus des Erblassers Vermögen aus einem titulo singulari besitzt, stattfindet; s. Roßhirt testam. Erbrecht Bd. II. S. 78.

Zu 12) Wenn gleich Einige, z. B. Bethmann-Hollweg Versuche &c. S. 363. den schwierigen Beweis, daß kein näherer Intestaterbe vorhanden sey, welcher in vielen Fällen nur durch Edictalladung geführt werden könnte, von ihm fordern, so hält doch die große Mehrzahl der Rechtsgelehrten es zunächst für hinreichend, daß der Kläger nur überhaupt seine Verwandtschaft mit dem Erblasser, oder seine Stellung unter

den zur Intestaterbfolge im Allgemeinen berufenen Personen beweise, so daß erst des Beklagten Anführung anderer näherer oder naher Erben ihn (ganz oder theilweise) zurücktreibe, oder zu dem weiteren Beweis nöthige, daß diese ihm dennoch nicht im Wege stehen. Nur wenn der Beklagte selbst ein Verwandter des Erblassers ist, muß der Kläger seine nähere Verwandtschaft beweisen, s. Glück P. C. Bd. VII. S. 510, Thibaut System § 891. (Ed. 8.) oder vielmehr muß dann jeder Theil sein Verwandtschaftsverhältniß beweisen; s. Göschen Civilrecht Bd. III. 2. S. 417., Arndts im Rechtslex. Bd. V. S. 220.

Kapitel VIII.

Vom Verhältniß zu Miterben.

§ 1. Judicium familiae *) erciscundae.

Dig. X. Cod. III. 36. familiae herciscundae. Cod. III. 38. communia utriusque judicii tam familiae hercisc. quam communi dividundo.

Sowie ich die petitio hereditatis partiaria gegen denjenigen anstelle, welcher mich als Miterben nicht anerkennt, so richte ich die act. fam. ercisc. gegen denjenigen, welcher — gleichwie ich ihn als Miterben voraussetze — so auch mich als Miterben anerkennt, aber den mir als solchen zukommenden Ansprüchen auf Rechnungsablage, Theilung u. s. w. nicht Genüge leistet. Bin ich nicht gewiß darüber, ob er mich als Miterben anerkennt, so cumulire ich die H. P. partiaria und die act. fam. ercisc. successiv; Schmidt Comm. über seines Vaters J. L. Schmidt Lehrb. von Klagen rc. Bd. III. § 624. Es entsteht

1) dabei die Frage, ob, wenn ich act. fam. erciscundae geklagt habe, mir noch der Rücktritt zur H. P. zustehe, wenn

*) Familia für einen Inbegriff von Sachen — Erbschaft — genommen: erctum ein ungetheiltes Ganzes; cio soviel als divido; also familiam erciscere soviel als eine bisher gemeinschaftlich gewesene Erbschaft theilen. So hieß es in den L.L. XII. tabularum: nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cita sunto. Ueber die Folgen dieses Satzes s. Glück P. C. Bd. XI. § 725.

ich den Beklagten nur irriger Weise als Miterben angesehen hätte?

2) Ist ein testamentarisches Verbot der Theilung, oder ein Vertrag unter den Erben, wodurch auf Theilung verzichtet wird, verbindend?

3) In wie fern kann die Theilungsklage durch Verjährung ausgeschlossen werden?

4) Da die act. fam. ercisc. als actio universalis nur einmal angestellt werden kann, s. l. 20. § 4. D. 10. 2., so fragt sich, was für ein Rechtsmittel gegeben ist, wenn sich hinterher noch zur Erbschaft gehörige Sachen finden, oder ein abwesender Miterbe bei der Theilung vergessen worden war?

5) Können mehrere gemeinschaftliche Erbschaften, auch wenn bei einer derselben noch ein Dritter als Miterbe betheiligt wäre, in Ein judicium gezogen werden?

6) Wie ist bei untheilbaren Erbschaftsgegenständen zu verfahren, und kann insbesondere bei Grundstücken, wenn sich die Erben über den Werth nicht vereinigen können, deren Subhastation verlangt werden?

7) Kann wegen einer dem Erblasser versprochenen Prädialservitut Jeder seiner mehreren Erben in solidum klagen?

8) Was für eine besondere Regel ist wegen Theilung solcher Erbschaftsstücke, welche noch mit einem Dritten gemeinschaftlich sind, zu beachten?

9) Ist der Theilungsgrundsatz: major dividit, minor eligit, oder unter Erben verschiedenen Geschlechts, daß die Frauensperson die Theile macht, die Mannsperson aber ohne Rücksicht auf Alter die Wahl hat, als gemeinrechtlich anzuerkennen?

10) In wie fern kann eine Erbtheilung auf den Grund eines Irrthums als verletzend angefochten werden?

11) Es liegt von selbst wohl in der Natur einer unter den Erben getroffenen Theilung, daß sie sich gegenseitig Eviction zu prästiren haben, wie aber, wenn der Testator selbst die Vertheilung getroffen hat?

12) Unter den aus Lehrbüchern bekannten Verbindlichkeiten, welche Gegenstand der act. fam. erc. seyn können, kommt auch der Manifestationseid vor, welchen diejenigen Miterben unstreitig zu leisten haben, welche zur Zeit des Todes oder kurz zuvor oder darnach in der Wohnung des Erblassers

sich aufhielten; l. ult. § 10. C. 6. 30., Malblanc Doctr. de jurejur. § 48., Glück P. C. Bd. XI. S. 35. Da entsteht nun die Frage, was Rechtens sey, wenn diese die Ableistung des Manifestationseides beharrlich verweigern?

Zu 1) Nach der angemessensten Erklärung der l. 36. und 37. D. 10. 2., s. Glück P. C. Bd. XI. S. 12. u. S. 83., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 514. no. 4., ist anzunehmen, daß der bloße Irrthum mir nicht schaden und also mich an dem Uebertritt zur H. P. nicht hindern dürfe, so lange nicht in dem judicio fam. ercisc. wirklich erkannt, oder gar dem Urtheil von mir schon Folge geleistet ist, Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib X. tit. 2. § 9., Hofacker Princ. jur. civ. T. III. § 3061. not. 6., denn solchenfalls könnte nur noch restitutio in integrum in Frage kommen; l. 3. C. 7. 58. — l. 2. D. 4. 1. — Voet Comm. ad Pand. Lib. X. tit 2. § 34., Glück l. c. S. 86.

Zu 2) Verbot und Verzicht sind nur dann verbindend, wenn sie sich blos auf eine gewisse Zeit beschränken; l. 14. § 2. D. 10. 3. — l. 4. pr. D. 28. 7. — v. Quistorp Beitr. zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien no. 30.

Zu 3) Man muß unterscheiden, ob sich die Miterben die Verjährungszeit hindurch als gemeinschaftliche Erben anerkannt haben, oder nicht. Im ersten Fall steht die noch so lange beliebte Fortsetzung der Gemeinschaft dem Antrag auf Theilung nicht entgegen. Im zweiten Fall kommt dem Besitzer allerdings die Verjährung des ausschließenden Rechts zu Statten; s. Glück l. c. S. 22., Voet Comm. ad Pand. Lib. X. tit. 2. § 33.

Zu 4) Wegen übersehener Erbschaftsobjecte findet noch die act. comm. div. Statt, einem abwesenden Miterben kann aber die geschehene Theilung nicht präjudiciren, folglich ihn auch an Anstellung der act. fam. erc. nicht hindern; l. 44. § 2. D. 10. 2. — l. 17. C. 3. 36. vergl. l. 20. § 4. D. 10. 2. Auch ist die act. fam. erc., wenn sie früher noch nicht angestellt war, der bereits vorgenommenen außergerichtlichen Theilung ungeachtet, so lange zulässig, als nur noch eine einzige res indivisa vorhanden ist; v. Pufendorf Observationen S. 45. cf. l. 9. C. 3. 38.

Zu 5) Die l. 25. § 3. u. 4. D. 10. 2. gestattet dieses, doch wird der Richter Vorsicht gegen Verwirrungen gebrauchen müssen; v. Gönner Handb. d. Proc. Bd. IV. S. 158. no. 76. § 5.

Zu 6) Es sind hier folgende Fälle möglich:

a) Die Erben sind über den Werth der Sache einig, aber Mehrere möchten sie um denselben Preis übernehmen. Da ist dem der Vorzug zu geben, welcher den größten Antheil an der Erbschaft hat, l. 34. § 2. C. 8. 54. — und wenn Alle zu gleichen Theilen erben, so entscheidet das Loos § 23. J. 2. 20. — l. 5. D. 10. 2. — l. 3. C. 6. 43.

b) Die Erben sind über den Preis der Sache nicht einig; — dann findet Licitation Statt, und zwar der Regel nach unter den Erben selbst; l. 22. § 1. D. 10. 2. — l. 1. C. 3. 37., Thibaut System § 730. Da aber nicht immer alle Erben im Stande sind, an der Licitation Theil zu nehmen, sonach der Fall seyn kann, daß ein Miterbe zu wenig bietet, der andere aber doch nicht im Stande ist, ihn zu überbieten, oder der Meistbietende unfähig ist, die Andern abzufinden, so tritt dann öffentliche Subhastation ein; l. 3. C. 3. 37., Struben rechtl. Bedenken Th. II. no. 28., Hagemann prakt. Erörter. Th. V. S. 238., v. Hartitzsch Entscheid. praktischer Rechtsfragen S. 262., Hommel Rhaps. Vol. II. Obs. 358., Gottschalk Disc. for. T. II. pag. 377. Denn nach l. 21. l. 28. D. 10. 3. ist der Richter bei Uneinigkeit der Interessenten immer auf dasjenige Theilungsmittel angewiesen, wodurch nach den jedesmaligen Umständen das Beste und der Vortheil des Ganzen befördert wird; und präsumtiv kann nur durch öffentliche Versteigerung der wahre Werth ermittelt werden; vergl. Glück P. C. Bd. XI. S. 52., Voet Comm. ad Pand. Lib. X. tit. 2. § 22. Gemeinschaftliche Urkunden werden bei einer gemeinschaftlich oder durch Stimmenmehrheit erwählten Person niedergelegt, und wenn die Interessenten sich über die Wahl nicht einigen können, so entscheidet der Richter mit Rücksicht auf Alter, Ansehen und Geschlecht der Person; l. 5. C. 3. 38. — l. ult. D. 22. 4. — l. 5. D. 10. 2. Wenn die Theilung einer Mehrheit von Erbschaftsgrundstücken durch Verloosung unter den Betheiligten (mit etwaigen Hinauszahlungen) geschehen kann, so ist dieselbe dem Weg der öffentlichen Versteigerung vorzuziehen, indem Niemand selbst justo pretio seine Sache wider Willen verlieren soll; l. 52. § 3. D. 10. 2. — § 4. 5. J. 4. 17. — l. 22. § 1. l. 55. D. 10. 2. — l. 3. C. 3. 37., Flach Entscheid. d. O. A. Ger. in Wiesbaden Th. II. S. 45.

Zu 7) Wegen der Untheilbarkeit solcher Obligation ist, wie schon in der Lehre von Servituten bemerkt wurde, jedem Erben des Promissars,

und eben so gegen jeden Erben des Promittenten die Klage gegeben; l. 25. § 9. D. 10. 2.; s. oben S. 277. Kap. III. § 1. zu Fr. 9.

Zu 8) In dem Fall, wenn der Erblasser mit einem Dritten eine Sache gemeinschaftlich besessen hat, muß der Richter nicht jedem seinen Antheil, sondern den ganzen Antheil des Verstorbenen an der gemeinschaftlichen Sache einem der Miterben allein zuerkennen, damit der Dritte nicht zu viel Theilhaber erhalte; l. 25. § 6. D. 10. 2., Glück P. C. Bd. XI. S. 53.

Zu 9) Zwar ist in mehreren deutschen Ländern durch das Ansehen der Canonisten, welche sich deshalb auf Cap. 1. X. de parochiis (3. 29.) beriefen, dieser Grundsatz eingeführt und besonders in Sachsen noch h. z. T. gemeinüblich; s. Carpzov Jurispr. for. P. III. const. 15. def. 24., v. Trützschler Anweisung zur vorsichtigen Abfassung rechtl. Aufsätze Th. I. S. 529. not. e. (Ed. 2.), Selchow Elem. jur. germ. § 645. Außerhalb Sachsen müßte aber, daß dieses Kühtrecht eingeführt sey, bewiesen werden; Leyser Med. ad Pand. Sp. 115. Med. 7., Glück l. c. S. 75.

Zu 10) Im Fall

a) die Theilung durch richterliches Erkenntniß geschehen ist, kann nur ein Irrthum in der Berechnung allezeit reparirt werden. Error calculi est perpetuus, nec per se habet definitivam, l. 1. § 1. D. 49. 8. Liegt aber die Verletzung in unrichtigen Werthsanschlägen, so kann die autoritas rei judicatae selbst nicht durch eine Verletzung über die Hälfte unwirksam gemacht werden, l. 3. C. 3. 38., wo nicht besondere gesetzliche Restitutionsgründe vorhanden sind; s. Braun Erörterungen zu Thibaut S. 669. — Glück l. c. S. 89.

b) Ist die Theilung außergerichtlich geschehen — und als außergerichtlich ist sie auch ungeachtet gerichtlicher Bestätigung anzusehen — so gilt vom Irrthum in der Berechnung das vorhin Gesagte auch hier; so auch ist der Fall, wenn ein Theilhaber sich darüber geirrt hätte, der wievielste Antheil ihm an der Erbschaft gebühre, nur nach den allgemeinen Rechtsvorschriften über die Wirkungen des Irrthums zu betrachten. Rührt aber die Verletzung von einer irrigen Annahme der Werthsverhältnisse her, so pflegt man gewöhnlich die l. 2. C. 4. 44. hierher zu ziehen, und daher nur im Fall einer Verletzung über die Hälfte eine Rescission der fehler-

haften Theilung zu gestatten;*) s. Mühlenbruch Lehrb. Th. III. § 719. not. 5., Mackeldey Lehrb. § 695., Struben rechtl. Bedenken Th. I. S. 379., Thibaut System § 888. (Ed. 8.), G. L. Böhmer Rechtsfälle Bd. I. no. 76. Allein, wenn gleich in der Wirkung aus der Erbtheilung ein dem Kauf gleiches Verhältniß hervortritt, so sind doch beide Geschäfte nicht ihrer rechtlichen Natur nach vollkommen gleich. Beim Kauf nämlich erfordern die Gesetze kein absolut gleiches Verhältniß zwischen dem Werth der Sache und dem Kaufpreis, vielmehr sagen sie: in pretio emtionis venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire, dagegen bei Theilungen das Princip der Gleichheit obenan steht, und der wesentliche typus des Geschäfts ist: l. 4. C. 3. 37. ut in omnibus aequabilitas servetur, et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformetur; l. 3. C. 3. 38. cf. l. 6. § 2. D. 23. 3. quia bono et aequo non convenit, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum, — daher viele Rechtslehrer, besonders Glück l. c. S. 93. und die in not. 49. angeführten Schriftsteller, nicht gerade eine Verletzung über die Hälfte für erforderlich achten, um dem Verletzten Hülfe zu gewähren, und ohne Rücksicht auf das, was bei andern negotiis bonae fidei Rechtens ist, dem speciellen Gesetz l. 3. cit. folgen. Majoribus etiam, per fraudem vel dolum vel *perperam***) sine judicio factis divisionibus solet subveniri; Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. I. no. 76., Bd. II. Abthl. 2. no. 176. qu. 3. n. 4., Cramer Obs. jur. univ. T. II. P. II. Obs. 770., Elsässer Diss. an ad impugnationem divisionis extrajudicialis laesio requiratur ultra dimidium. Erlang. 1798., Reinhardt Ergänzungen zu Glück P. C. Bd. IV. S. 100. Andere unterschieden, ob die Verletzung des Miterben im Antheile oder im Anschlage stattgefunden hat, und lassen die Anfechtung im ersten Fall unbedingt, im zweiten Fall aber nur bei einer Verletzung über die Hälfte zu; v. Hartitzsch Entscheidungen no. 168.,

---

*) und dies auch dann, wenn die Theilung durch das Loos bewerkstelligt wurde; s. Walch Controv. pag. 671., Crell Diss. utrum divisio per sortitionem facta ob laesionem rescindi possit. Vitemb. 1743., Cocceji jus controv. Lib. X. tit. 29. u. 9.

**) Der Gegensatz von recte, also unrecht, unrichtig; s. l. 8. § 4. D. 8. 5., Brissonius de verb. signific. v. perperam, Scheller lat. Lexicon voc. perperam.

Struben rechtl. Bedenken Bd. I. no. 157., Berger Oecon. jur. Lib. III. tit. 6. th. 3. not. 9. Der Gerichtsbrauch läßt sich weder für die eine noch die andere Meinung bestimmt nachweisen, wie Stryck Us. mod. Lib. X. tit. 2. § 8. bemerkt. *) Feste Normen gibt der Code Napoleon Art. 887., wornach die Verletzung den vierten Theil, und das Würtemberg. Landrecht Th. II. Tit. 14. S. 282., wornach sie den dritten Theil des Werths betragen muß; s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 397., welcher auch insbesondere dafür ein Präjudiz anführt, daß, wenn bei einer Gütertheilung die Läsion in Gütern geschehen war, auch die Vergütung oder Ausgleichung in Gütern gefordert werden könne, und der Verletzte nicht ein Aequivalent in Geld dafür anzunehmen brauche.

c) Hat der Testator selbst eine Vertheilung getroffen, so kann natürlich nur im Fall einer Verletzung des Pflichttheils auf Ergänzung geklagt werden.

Zu 11) Darüber kann wohl kein Zweifel seyn,

a) daß Eviction wenigstens da geleistet werden müsse, wo durch die Entwährung der Pflichttheil verletzt wäre, und eben so

b) daß da, wo der Vater einem Kind etwas prälegirt hat, rücksichtlich der Eviction dieselben Grundsätze beobachtet werden müssen, nach welchen der Erbe gegen einen legatarius rei alienae nach l. 10. C. 6. 37. u. l. 29. § 3. D. de leg. III. (32.) dazu verbunden ist oder nicht. Desto zweifelhafter ist die Sache bei einer eigentlichen Theilung, besonders eines Vaters unter seinen Kindern. Die nächsten Entscheidungsquellen liegen in l. 77. § 8. D. de leg. II. (31.) und l. 33. D. 10. 2. — Erstere scheint bestimmt den vorerwähnten Fall eines einzelnen Prälegats von dem andern Fall einer gemeinschaftlichen Theilung unter den Kindern zu distinguiren, und im letzteren Fall wird übereinstimmend mit l. 33. cit. gegenseitige Evictionsverbindlichkeit angenommen, wofür denn

*) Immerhin darf man aber annehmen, daß nur sehr bedeutenden Uebervortheilungen eines oder des andern Miterben Rücksicht bei der Rescissionsfrage zuzuwenden sey; denn sehr richtig bemerkt Flach Entscheidungen des Herzogl. Nassauischen Oberapp. Ger. Bd. I. S. 49., daß sonst jede Theilung eine Quelle unübersehbarer Processe seyn würde, indem einer in einem Punkt wirklich vorhandenen Benachtheiligung in anderen Punkten wieder Vortheile gegenüberstehen können, welche auch wohl die Einwilligung motivirt haben können, daher immer die ganze Theilung von Neuem wieder erörtert werden müßte.

freilich auch die Vermuthung gleicher väterlicher Liebe gegen die Kinder streitet; l. 17. C. 10. 29. Dies dürfte auch wohl als die herrschende Meinung anzusehen seyn; Stryck Us. mod. Lib. X. tit. 2. § 9., Cocceji Jus controv. Lib. X. tit. 2. qu. 11., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 672., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. II. S. 280., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 860., zu welcher auch Thibaut von seiner früheren abweichenden Meinung, s. dessen System § 729. der dritten Ausg., später übergegangen ist, s. § 880. der achten Aufl. verb.: „wenn der Erblasser selbst getheilt hat, so sind sich die Miterben in der Regel Evictionsleistung schuldig"; vergl. Braun Erörterungen zu § 729. — Glück P. C. Bd. XI. S. 107. und so auch v. Hartitzsch Entscheidungen rc. no. 178. macht gleichwohl eine Ausnahme, wenn die Theilung unter anderen Erben als Kindern vom Testator gemacht sey, und nimmt da, weil sie hier blos als actus liberalitatis erscheine, die Grundsätze über Eviction eines Legats an. Diese Unterscheidung ist aber wohl nach v. Buchholz Lehre v. d. Prälegaten S. 365. als principienwidrig zu verwerfen, vielmehr müssen überall die Erben für die Eviction eines Erbtheils einstehen; l. 66. § 3. D. 21. 2. — l. 14. C. 3. 36. — l. 7. C. 3. 38. Dies ist auch gegen Pfeiffer Diss. de praelegat. § 26. in dem Fall geltend, wenn der Erblasser die Erbschaft in der Form von Prälegaten vertheilt hat.

Zu 12) Die Entscheidung dieser Frage hat wohl keine Schwierigkeit, wenn es sich um den Abgang bestimmter Gegenstände handelt, deren Werth allenfalls durch den Würderungseid festgestellt werden kann. Gewöhnlich ist aber der Manifestationseid genereller Natur; wer denselben verlangt, weiß gewöhnlich gar nicht, was oder wie viel abhanden gekommen sey. Er müßte nun zwar, da der den Manifestationseid Verweigernde sich wohl immer in dolo oder culpa lata befinden wird, zum juramentum in litem affectionis gelassen werden, scheut er aber diesen Eid, so statuirt man gewöhnlich Geld- und Gefängnißstrafen, als die einzig möglichen, aber freilich sehr mißlichen Zwangsmittel zum Eid oder Meineid, — und wenn auch diese nicht fruchten, was dann? Es bleibt dann wohl nichts Anderes übrig, als den durch seine boshafte Weigerung des criminis expilatae hereditatis oder stellionatus höchst Verdächtigen bei der Criminalbehörde zu denunciren, welche rücksichtlich der Erforschungsmittel einen viel größeren Spielraum hat, als das Beweisverfahren des Civilprocesses zuläßt; s. Rödiger Versuch einer voll-

ständigen Entwicklung der Lehre vom Manifestationseid. Lpzg. 1831., vergl. Reinhard Ergänzungen zu Glück P. C. Bd. IV. S. 93.

---

§ 2. Von der Collationsverbindlichkeit.

Dig. XXXVII. 6. de collatione. XXXVII. 7. de dotis collatione. Cod. VI. 20. de collationibus. Nov. 18. c. 6.

a) Wer ist verbunden, zu conferiren?

Nachdem die aus l. 20. C. 6. 20. von Unterholzner Diss. pertractans historiam doctrinae jur. Rom. de collationibus pag. 67. abgezogene Meinung, als müßten hienach alle Pflichttheilsberechtigte, folglich auch Ascendenten und bezüglich auch Geschwister als collationspflichtig erachtet werden, nach Thibaut's Berichtigung im civil. Archiv Bd. V. S. 330., Heidelberger Jahrbücher vom J. 1810. S. 93., Francke civilist. Abhandl. S. 203. u. A. allgemein als irrig verworfen ist, somit feststeht, daß nur Descendenten, somit auch postumi, falls sie lebend zur Welt kommen, desgl. liberi adoptivi und legitimati, wenn sie anders erben wollen,*) l. 8. l. 9. D. 37. 6., dann aber auch ohne Unterschied, ob sie ab intestato oder ex testamento succediren, wenn sie nur im letzteren Fall (dies ist wenigstens die gemeine, jedoch, s. Fein d. Recht d. Collation S. 374., nicht unbestrittene Meinung) auch ohne Testament succedirt haben würden, s. Nov. 18. cap. 6., Buchholz Versuche S. 66., Thibaut System § 951., Pfitzer v. d. Collation der Descendenten § 78., gegen einander collationspflichtig sind, kommt noch in Frage:

---

*) Die abweichende Meinung Einiger, daß auch derjenige, welcher die Erbschaft ablehnt, doch zu conferiren verbunden sey, s. Kretschmann Beiträge zur Berichtigung der positiven Rechtsgelehrs. Bd. I. S. 181., Lammers Erörterung der Frage, ob die Renunciation der Erbschaft von der Collation befreie? Erlangen 1795. hat in Praxi keinen Eingang gefunden, s. dagegen Roesler renunciat. heredit. ab onere collat. liberare, contra Lammers Frcf. ad Viadr. 1800., Pfitzer über die Collation § 63. Freilich Verletzungen des Pflichttheils gut zu machen, könnte durch Erbschaftsentsagung nicht umgangen werden. Der Descendent, welcher nur ein Legat erhält, ist zur Collation weder berechtigt noch verpflichtet; l. 4. D. 37. 7. — Ueber die Collation der feuda nova und der Meliorationen in feudis antiquis ist auf das Lehenrecht zu verweisen; s. auch Voet Comm. ad Pand. Lib. 37. tit. 6. § 17., Pfitzer über die Collation § 157—168.

1) Müssen auch liberi naturales unter sich conferiren?
2) Auch die Gläubiger eines in Concurs gerathenen Descendenten, und muß hinwiederum ihnen conferirt werden?
3) Wenn der collationspflichtige Descendent gestorben ist, muß auch derjenige, welcher durch Accrescenzrecht oder Substitution an seine Stelle tritt, dasjenige conferiren, was der weggefallene Descendent zu conferiren gehabt hätte?
4) Kann sich der Beneficialerbe, in so weit als sein conferendum mehr als seine Erbportion betrüge, von der Collation durch das beneficium inventarii befreien?
5) In Ansehung der Collationsverbindlichkeit der Enkel bei Beerbung ihres Großvaters fragt sich, ob sie
   a) dasjenige, was sie von ihrem Großvater unmittelbar empfangen haben, und
   b) was ihr parens praedefunctus hätte conferiren müssen, auch dann, wenn sie dessen Erben nicht geworden sind,

   einzuwerfen schuldig seyen?

b) Wem ist zu conferiren? und was ist der Collation unterworfen?

6) Hier kommt besonders der Fall in Betracht, wenn der collationspflichtige Descendent nicht blos mit Descendenten, sondern auch mit anderen Erben zusammentrifft, z. B. eine Enkelin erbt gemeinschaftlich mit ihrem Bruder und Oheim?
7) Man kann wohl mit neueren Rechtslehrern annehmen,*) die Freiheit von der Collation bilde die Regel und die Collationspflicht die Ausnahme; s. Pfitzer l. c. § 66., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 864. Unbestritten müssen conferirt werden:
   I. dos und donatio ante oder propter nuptias, l. 17. C. 6. 20., einfache Schenkungen aber (daß von einer remuneratorischen in keinem Falle die Rede seyn könne, darüber sind fast Alle einverstanden, s. Beck de collat. bon. Cap. IV. § 69., Emminghaus Sächs. Pand. S. 679. no. 23., Pfitzer v. d. Collation § 185. not. a., Reinhardt von der Einwerfung § 229. u. die Lehrbücher von

---

*) S. vorzüglich Francke Grundzüge d. Lehre d. R. R. v. d. Collation in dessen civil. Abh. S. 174., Roßhirt Einleitung in d. Erbr. S. 414., dessen testamentar. Erbr. Th. II. S. 204., Göschen Vorlesungen Bd. III. Abth. 2. S. 457., Hunger d. röm. Erbr. S. 508 ꝛc., Reinhard Lehre von der Einwerfung nach röm. u. Würtemb. Recht.

Thibaut, Wening-Ingenheim, Mühlenbruch, Seuffert, Mackeldey, Schweppe ꝛc., entgegengesetzter Meinung jedoch Fein d. Recht der Collation S. 224.), vorausgesetzt, daß sie nicht unmäßig sind, Leyser Sp. 411. Med. 6., nur dann, wenn ein anderer Miterbe eine dos oder donatio propter nuptias oder deutschrechtliches dotalitium und Wiederlage, s. Mittermaier D. Privatr. § 393., zu conferiren hat,*) l. 20. § 1. C. 6. 20., oder der Schenker die Collation gleich anfänglich verordnet hat. Noch weniger als bei Schenkungen läßt sich eine Collation alsdann begründen, wenn die Eltern dem Kinde etwas um einen niedrigen Preis verkauft haben, denn hiebei darf nicht ohne Weiteres angenommen werden, daß an die künftige Beerbung gedacht worden sey. Gleichwohl kann Collation blos aus dem Gesichtspunkte einer anticipirten Gewährung des künftigen Erbtheils gerechtfertigt werden; s. Erk. d. O. A. G. in Dresden im Wochenbl. f. Rechtsfälle 1852. S. 17.

II. die militia oder was zur Erlangung einer käuflichen und wieder verkäuflichen Bedienung, s. Voet Comm. Lib. 37. tit. 6. no. 20., so fern dergleichen h. z. T. noch bestehen, und analog auch, was zur Gründung eines abgesonderten Haushalts gegeben wurde, Hausch D. de subsidio parentum collationi obnoxio. Gött. 1772., nicht aber Studir- und Reisekosten, l. 50. D. 10. 2., und bloße Alimente, Pfitzer v. d. Collation § 118., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 512., Leyser Sp. 411. Med. 2. (183.), auch nicht, was zur Auslösung aus feindl. Gefangenschaft oder zum peculium militare gegeben wurde; l. 1. § 15. D. 37. 6. — l. 21. C. 6. 20. In Ansehung der Promotionskosten sind die Meinungen verschieden. Manche setzen sie den Studirkosten und Ali-

---

*) Wenn derjenige, welcher eine Ausstattung zu conferiren hat, außerdem noch eine Schenkung erhalten hat, so ist er nicht schuldig, auch diese einzuwerfen, denn hier liegt die Absicht des Erblassers vor, ihn zu begünstigen. Die Collation will nicht beabsichtigte Begünstigungen des Vaters beseitigen, sondern nur Gleichheit unter den Kindern herstellen, soweit der Vater Gleichheit wollte; l. 20. § 1. C. 6. 20., Erk. d. O. A. G. in Dresden in Seufferts Archiv Bd. I. H. 3. S. 390. u. d. O. A. G. in Wiesbaden in Flach Entsch. Th. I. S. 157.

menten gleich; s. Cocceji Jus controv. Lib. 37. tit. 6. qu. 3., Uhl de sumtibus filio a patre ad dignitatem doctoralem consequendam suppeditatis non conferendis. Andere unterwerfen sie der Collationspflicht, was wenigstens dann nicht zu bestreiten ist, wenn die Doctorwürde zur erwerbsweisen Ausübung einer Wissenschaft nothwendig ist; s. Dabelow röm. deutsch. Privatr. § 1131 rc., v. Buchholz Versuche S. 75.

III. was den Descendenten unter Lebendigen in der Absicht gegeben wurde, es demnächst in den Pflichttheil anrechnen zu lassen; l. 25. pr. D. 5. 2. — l. 20. pr. C. 6. 20., vergl. Weiske Rechtslex. Bd. III. S. 834.

Dabei fragt sich zu I., ob auch der instructus muliebris oder die Einrichtung, mit welcher die Descendentin ausgestattet wurde, zu conferiren ist? ferner

8) ob die dos etc. auch dann zu conferiren ist, wenn sie von einem Andern um des Vaters willen gegeben worden ist?

9) Ob auch die zur Bestreitung des Haushalts und sonstiger Unterstützung verehelichter Kinder gegebenen elterlichen Beihülfen der Einwerfung unterliegen? auch Militär-Einstandsgelder?

10) Ob auch Vermächtnisse conferirt werden müssen? desgleichen donationes mortis causa?

11) Während es keinem Zweifel unterliegt, daß der Vater Gegenstände, welche an sich collationspflichtig nicht wären, derselben unterwerfen kann,*) wenn er zum Geben nicht rechtlich verbunden war, sondern Liberalität übte und diesen Willen sogleich mit dem Act des Gebens verbindet, oder wenn er ihn in einem förmlichen, mithin unanfechtbaren Testament erklärt, s. l. 20. in f. C. 6. 20. — l. 35. § 2. C. 3. 28. und die Lehrb. von Thibaut § 885. (Ed. 8.), Schweppe Bd. V. § 865., Mackeldey § 696. und eben so, daß er die in den Gesetzen ja nur auf den Präsumtivwillen begründete Collation auch — so weit dadurch kein Pflichttheil verletzt wird — erlassen oder verbieten kann, und zwar nicht blos, wie in

*) Von Wirkung kann dies freilich nur dann seyn, wenn sich die Kinder der väterlichen Erbschaft unterziehen. Indeß kommt jedenfalls in Betracht, daß den übrigen Kindern und Miterben der Pflichttheil unverkürzt verbleiben müsse; Emminghaus Sächs. Pand. S. 681. no. 32.



Francke's Grundzügen d. Lehre v. d. Collation in dessen civil. Abh. no. 4. statuirt wird, durch eine testamentarische Bestimmung, sondern durch jedwede deutliche und unzweideutige Willenserklärung, s. Weiske Rechtslex. Bd. III. S. 833., Leyser Sp. 413. Med. 6., Gottschalk Disc. for. T. I. pag. 37., Emminghaus Sächs. Pand. S. 682. no. 35., nimmt man insgemein auch an, daß ein Erlaß auch durch concludente Aeußerungen und Handlungen geschehen könne; l. 39. D. 10. 2., Glück P. C. Bd. XI. S. 37., Pfitzer über d. Collation § 174., v. Hartitzsch Entscheid. no. 88., indem man die Nov. 18. c. 6., welche die Collation verordnet, nisi *expressim* designaverit ipse se velle non fieri collationem nur als Gegensatz des gänzlichen Stillschweigens des Erblassers auslegt, *) allein in der Anwendung dieses Princips, welche dann unbedenklich ist, wenn sich der Testator statt der Collation des Mittels der Compensationen bedient hat, Gottschalk l. c. pag. 401., stößt man gleichwohl in manchen Fällen auf Schwierigkeiten. Man setze den Fall:

a) der Erblasser hat eine Zuwendung absichtlich verheimlicht;
b) er hat eine Obligation über ein von ihm ausgeliehenes Capital auf einen seiner Söhne schreiben lassen, und diesem auch die Obligation in Verwahrung gegeben; oder
c) er hat in seinem Testament seiner Tochter die Collation ihres Heirathsguts aufgegeben, bei dem Sohne aber mit Stillschweigen übergangen.

12) Ist eine Uebereinkunft gültig, durch welche künftige Miterben einem Collationspflichtigen schon bei Lebzeiten des Erblassers die Collationspflicht erlassen?

13) Nach welchem Zeitpunkt wird der Werth der Conferenda bestimmt und welche Deteriorationen kommen nicht in Betracht?

14) Wird der Collationspflichtige vom Einwerfen durch den Untergang des Objects befreit?

15) Von welcher Zeit an sind die Collationsposten zu verzinsen, in so fern nicht durch Verträge oder specielle Dispositionen des Erblassers Bestimmungen in dieser Beziehung getroffen sind?

---

*) Eine vollständige Literatur über diese Streitfrage s. Gottschalk Disc. for. T. I. pag. 406.

16) Wenn eine dotirte Descendentin, als Collationspflichtige von einem Miterben, welcher nur eine donatio simplex *) erhalten hat, gleichmäßige Einwerfung fordert, dieser aber entgegnet, daß sie auch noch eine donatio simplex erhalten habe, hat dann Jene die Negative oder Dieser die Affirmative zu beweisen?

17) X. hat drei Kinder, den A., welcher eine donatio pr. nupt., die B., welche eine dos und eine simplex donatio, endlich den C., welcher nur eine simplex donatio empfangen hat, wie ist es da mit der Collation zu halten?

18) Kann der einfach Beschenkte der Collation dadurch ausweichen, daß er auf seinen Antheil an der von anderen Miterben zu conferirenden dos oder donatio propter nuptias verzichtet?

19) Müssen Diejenigen, welchen von dem Miterben etwas conferirt wird, dieses in die Falcidische Quart einrechnen?

Zu 1) Bejaht wird diese Frage von Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 863. not. 1. und v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 512. (180.), weil ungeachtet des ganz singulairen Erbrechts der liberi naturales doch der Zweck der Collation — Gleichstellung der Erben — auch auf sie passe. Verneint wird sie aus offenbar stärkeren Gründen, was die väterliche Erbschaft betrifft (denn bei der mütterlichen kann es wohl keinen Anstand haben), von Pfitzer über die Collation der Descendenten § 76., Stryck de succ. ab intest. Diss. XI. cap. 2. § 11., Roßhirt Einl. in d. Erbrecht S. 434., Fein Recht d. Collation S. 266., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 516. S. 402., weil die Collationspflicht als ein singulare nicht über die gesetzlich bestimmten Subjecte hinaus auch auf die der legitima soboles oder den eigentlichen Descendenten gerade entgegengesetzten und durch sie ausgeschlossenen Subjecte eines sehr beschränkten Erbrechtes ausgedehnt werden dürfe, und die Idee, auf welche die ganze neuere Collation basirt ist, bei den liberis naturalibus nicht eintrete.

Zu 2) Die erste Frage muß wohl ohne Zweifel bejaht werden, weil die Concursgläubiger nicht mehr Recht haben können, als der Schuldner, welchen sie repräsentiren.

---

*) Gewöhnliche s. g. Gelegenheitsgeschenke, welche auch sonst von den eigentlichen donationibus unterschieden werden, l. 194 u. 214. D. 50. 16. — l. 31. § 8. D. 24. 1., und welche Sitte und Anstand zu machen erheischen, s. l. 12. § 3. D. 26. 7., sind hierunter wohl nicht zu verstehen; Fein das Recht der Collation no. 218.



Aus demselben Grund muß aber auch die zweite Frage nach Thibaut System § 883. (Ed. 8.) bejaht werden, indem der Grund, welchen Voet Comm. ad Pand. Lib. 37. tit. 6. § 26. für die entgegengesetzte Meinung geltend macht, daß extraneis nicht conferirt zu werden brauche, durch das Repräsentativverhältniß niedergeschlagen wird.

Zu 3) Das Recht und die Pflicht der Descendenten zur Collation geht zwar auf die über, welche das Erbrecht Jener geltend machen; dagegen Personen, die aus eigenem Recht an ihre Stelle treten, nur aus ihrer eigenen Person collationspflichtig und berechtigt sind; Puchta Lehrb. § 503. Bei dem substituirten Erben ist dies wohl allgemein anerkannt, s. Pfitzer über die Collation der Descendenten § 100., in Ansehung des durch Anwachsungsrecht in die Portion eines Collationspflichtigen eintretenden verneint es zwar Pfitzer l. c. § 101., allein da die von ihm für seine Meinung angeführte l. un. § 4. C. 6. 51. nur von Leistung der Vermächtnisse spricht, welche der substitutus oder conjunctus mit der Portion, in die er eintritt, auch übernehmen muß, mithin von einer testamentarischen, nicht von einer gesetzlichen Verbindlichkeit, so geht die Meinung der meisten Rechtslehrer dahin, daß der substitutus und conjunctus dasjenige, was der weggefallene Descendent hätte conferiren müssen, da er nicht in seine persönlichen Verbindlichkeiten eintritt, eben so wenig zu conferiren braucht, als er ein Recht hat, an der Collation der Anderen Theil zu nehmen. Beides, sowohl Recht als Verbindlichkeit, kann nur auf die Erben des Weggefallenen übergehen; s. [illegible] l. c. § 63., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 863. a. E. u. not. 5., Heise in d. Heidelberger Jahrbüchern v. J. 1808. S. 114., Thibaut System § 883. (Ed. 8.), Braun Erörter. zu Thibaut § 732., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. § 712. u. not. 10., v. Vangerow l. c. § 516. S. 402.

Zu 4) Einige verneinen; s. Pfitzer v. d. Collation § 83., Thibaut in Braun Erörter. § 732. Allein s. dagegen v. Vangerow l. c. § 516. II. 4., Heise in d. Heidelberger Jahrb. v. J. 1808., Weiske Rechtslex. Bd. III. S. 848. Unstreitig kann der Beneficialerbe auch nach der Erbschaftsantretung, wenn er es vortheilhafter findet, noch seinen Erbtheil aufgeben und die Collationsgegenstände ausschließlich für sich behalten. Vermöge des benef. invent. soll er aber auch sine *omni* damno discedere, und dies kann er allerdings, denn die Gläubiger können nicht mehr in Anspruch nehmen, als was sich in der Erbschaft vorfindet, und darin sind die conferenda nicht begriffen; vergl. l. 14. pr. D. 35. 2. quia dos in hereditate patris non inveniretur. Die Meinung der Gegner ist also wohl nicht den Gesetzen gemäß. Mit dem

Vorstehenden scheint vielmehr auch Fein Recht d. Coll. § 58. übereinstimmend.

Zu 5) Mehrere sind

zu a) der Meinung, daß die Enkel nur dasjenige zu conferiren brauchten, was sie vom Großvater zu der Zeit erhalten haben, als ihr Vater bereits gestorben war, und zwar unter mehreren Gründen vorzüglich deswegen, weil sie ja zum Großvater in keinem Erbrechtsverhältniß gestanden seyen, also auch nicht im Fall einer anticipatio hereditatis hätten seyn können; s. Pfitzer l. c. § 86 rc., Sintenis pr. Civilr. Bd. III. S. 548. not. 20., Braun Erörter. zu Thibaut § 732., Roßhirt Einl. S. 435. Dagegen wird aber eingewendet, daß l. 17. C. 6. 20. bei der Collationspflicht der Enkel durchaus nicht den nach der Meinung Jener sich von selbst verstehenden Unterschied macht, s. Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 401., Voet Comm. ad Pand. Lib. 37. tit. 6. no. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 312. (180.), Fein l. c. § 62., Weiske Rechtslex. Bd. III. S. 844., und insbesondere v. Vangerow l. c. verweist auf die lex Junia Velleja und die spätere Doctrin, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß ein mittelbarer Descendent auch bei Lebzeiten seines Vaters nicht eben als extraneus im Verhältniß zu seinem Großvater angesehen, vielmehr die nullo facto novo, sed ordine quodam naturali begründete Möglichkeit des Nachrückens schon zum Voraus berücksichtiget worden sey. Ohne Zweifel ist diese Meinung auch der Billigkeit gemäßer, denn ist das Empfangene an sich nach den Gesetzen zur Collation qualificirt, warum sollten dann Enkel, wenn sie doch in ein unmittelbares Successionsverhältniß zum Großvater treten, ein anderes Recht haben?

Zu b) Vorherrschend war schon in früherer Zeit, wie Stryck Succ. ab intest. Diss. XI. cap. 2. no. 15. bemerkt, die Meinung der Rechtslehrer, daß der Enkel auch dann, wenn er seinen Vater nicht beerbt hat, conferiren müsse, was dieser, wenn er noch lebte, zu conferiren gehabt hätte; s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 37. tit. 6. no. 3., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 401. et aut. ibi cit., Wernher Obs. for. T. II. P. VI. Obs. 490., Struben rechtl. Bedenken Bd. IV. S. 218., Buchholz Versuche S. 68. Als Grundlage dieser Ansicht findet man bei ihnen häufig die ganz irrige Unterstellung, als ob die Enkel jure repraesentationis succedirten, welche schon Stryck l. c., ob er gleich die gemeine Meinung gegen sich zu haben bekannte, lebhaft bekämpft hat, wobei man, sowie auch bei Walch l. c., vorzüglich den Leipziger Schöppenstuhl als Vertreter der richtigeren Meinung, daß Enkel, da sie jure proprio succediren, auch nicht in die Collationsverbindlichkeit

ihres Vaters eintreten, wenn sie nicht dessen Erben geworden sind, hervorgehoben findet; ex cujus persona non succedo, ex ejus etiam non confero. Indessen ungeachtet das gedachte Substrat jetzt als offenbar falsch anerkannt ist, haben sich doch auch viele der Neueren von der daraus gezogenen Schlußfolge nicht loszureißen vermocht, weil l. 19. C. 6. 20. den Enkeln die Einwerfung der ihren Eltern zugekommenen Collationsgegenstände auflegt, und die Nov. 118. c. 1. sagt, daß Enkeln das gebühre, was ihr Vater, wenn er noch lebte, bekommen haben würde; s. Pfitzer von der Collation § 93. und die Lehrbücher von Thibaut § 683. nebst Braun Erörter. zu § 732., Hofacker Princ. jur. civ. § 1654 etc., Schweppe § 868. not. 2., Seuffert § 587., v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 512. (180.), vergl. Preuß. allgem. Landr. Th. II. Tit. 2. § 362. Es stehen aber auch bedeutende Autoritäten entgegen, welche die Enkel für etwas, was gar nicht auf sie gekommen ist, nicht für collationspflichtig erkennen, l. 2. § 2. D. 37. 6. vir autem bonus non sit arbitraturus, conferendum id, quod nec habet, nec dolo nec culpa desiit habere; s. Francke Grundzüge der Lehre d. R. R. von der Collation in dessen civilist. Abh. S. 174., Fein l. c. § 61., Roßhirt testament. Erbrecht Bd. II. S. 218., Göschen Vorlesungen Bd. III. Abth. II. S. 476., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. I. S. 157. und die Lehrbücher von Mühlenbruch § 719. not. 14., Puchta § 504. not. 1., Valett § 1079., v. Vangerow l. c. § 516. S. 403. Wenn nämlich die Nov. 118. c. 1. von den Enkeln blos sagt: tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset, quam successionem in stirpes vocavit antiquitas, so ist durch diese Anordnung der successio in stirpes doch gewiß nichts über die vorliegende Frage entschieden, und in Ansehung der l. 19. cit. wird aus der darin bezogenen Constitution des Arcadius und Honorius l. 5. C. Th. de legit. hered. (5. 1.) nachgewiesen, daß ihr eben die Voraussetzung unterliege, daß die Enkel ihren Vater beerbt haben.

Ohne diese Voraussetzung würde die Bestimmung der l. 19. ganz gegen den Geist des röm. Erbrechts häufig für die Enkel eine Nöthigung seyn, auf das großelterliche Erbe ganz zu verzichten, weil sie aus ihrem Vermögen, in welches nichts geflossen ist, das großelterliche Vermögen zu ergänzen selten im Stande wären. Lauterbach Diss. de dotis collat. § 9. hält diese Meinung für ziemlich allgemein in Praxi angenommen. Dafür spricht auch ein Präjudiz d. K. Hannöver. O. A. G. in Emminghaus Corp. jur. Germ. Th. II. S. 91. no. 53.

Zu 6) Der Grundsatz ist: nur Descendenten sind, wenn sie anders

erben wollen, collationspflichtig, sie mögen nun ab intestato oder aus einem Testament erben, wenn sie nur ohne dieses die nächsten Intestaterben gewesen wären, und dieselben Personen, welche zur Collation verpflichtet sind, sind auch berechtigt, Collation zu verlangen, nur ihnen kommt die geschehene Collation zu Gute; l. 17. l. 20. pr. C. 6. 20., Nov. 18. c. 6. Dadurch ist also der fremde Testamentserbe vom Antheil an den Conferenden der Miterben ausgeschlossen, Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 863. not. 5., Thibaut im civil. Archiv Bd. VIII. S. 330., sonach auch die überlebende Ehegattin, s. Erk. d. O. A. G. in Oldenburg im Archiv d. im G. H. Oldenburg geltenden Rechts Bd. I. S. 92. Es wäre dann nach Voet l. c. no. 6. die Auseinandersetzung also zu machen: ante omnem collationem id tantum, quod a defuncto vere relictum est, inter liberos et extraneos institutos secundum voluntatem testatoris pro rata parte dividendum est; tum deinde, dimissis jam extraneis, descendentes ita inter se conferant et dividant, quae conferenda sunt, ac si nullus extraneus eis ab initio adjunctus fuisset.

Das Natürlichste scheint zu seyn, sagt v. Vangerow l. c. § 516. not. 2., daß die einzelnen Collationsberechtigten nach Maßgabe ihrer Erbportion participiren, und demgemäß dann so viel, als auf die eingesetzten extranei fallen würde, dem Conferenten selbst zu Gute kommt. Derselbe vertheidigt auch den alten Grundsatz gegen die sehr allgemeine Meinung, daß jene Beschränkung der Collationsverbindlichkeit im neuen Recht für aufgehoben anzusehen sey; s. die l. c. angeführten Schriftsteller.

Zu 7) Zwar unterwirft die l. 17. C. 6. 20. wörtlich nur die dos und donatio propter nuptias der Collation, weshalb Manche die Aussteuer eben so, wie die Brautgeschenke ausnehmen, und als einfache Schenkung behandelt wissen wollen; s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. V. § 512. (183.), Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 864. not. 8. Da aber der Zweck der Aussteuer derselbe ist und die Nov. 18. c. 6. mit den Worten: res per dotem forte vel alio modo datas den Begriff nicht so sehr zu beengen gestattet, es auch keinen Unterschied macht, ob in Geld oder Geldeswerth dotirt wird, so sind auch mehrere Autoritäten für diese Ausdehnung mit Beziehung auf l. 17. in f. C. 6. 20. und in Folge des Grundsatzes, daß dasjenige, was dotis causa gegeben wird, keine donatio simplex ist; s. Francke civilist. Abh. S. 402. Ex plerorumque quidem opinione conferendum etiam est, quidquid a parentibus beneficii in liberos collatum est eo quidem consilio, ut vitae privatae recte instituendae rerumque domesticarum bene gerendarum facultas eis esset; Mühlenbruch Doctr. Pand.

Vol. III. § 713., Mackeldey Lehrb. Bd. II. § 696., Stryck Diss. de collat. descendent. Cap. IV. § 11., Pfitzer l. c. § 105.

Zu 8) Es wird behauptet, auch die von einem Dritten statt des Vaters und Erblassers und um dessenwillen gegebene dos müsse conferirt werden, weil sie alsdann eine mittelbare Schenkung an diesen Ascendenten gewesen sey, l. 5. § 2. D. 23. 3. — l. 6. D. 37. 6., Schweppe § 864., v. Wening=Ingenheim § 512. (183.); dies setzt aber nach l. 5. cit. eine völlige Entschiedenheit darüber voraus, daß etwas blos in Rücksicht der Eltern gegeben sey, denn außerdem läßt sich diese Behauptung mit dem Princip des neueren Rechts, wonach die Collationspflicht der Descendenten in der Hauptsache dadurch begründet wird, daß sie etwas erworben haben, was durch diesen Erwerb dem Vermögen des Erblassers und also der Erbschaft entzogen worden ist, s. Puchta Lehrb. § 504., nicht vereinigen.

Es konnte nämlich durch diese Dotation dem Vermögen des Vaters nichts entzogen werden, weil nichts in dasselbe geflossen ist; es ist aber nichts in dasselbe geflossen, wenn es vermöge des der Gabe beigefügten modus schon ursprünglich ihm nicht verbleiben sollte; Lauterbach de dotis collat. in Diss. acad. T. II. no. 77. § 45. Im Zweifel ist immer anzunehmen, daß die Kinder und nicht die Eltern die Veranlassung einer von einem Dritten gegen die Ersteren ausgeübten Freigebigkeit seyen; Pfitzer über die Collation der Descendenten § 64.

Zu 9) Solche väterliche Beihülfen, welche dem Kind etwa von Zeit zu Zeit in den Haushalt und zu sonstiger Unterstützung gegeben worden sind, muß man in der Regel als Zuschuß zum Unterhalt des Kindes ansehen, und dann sind sie als Alimente von der Collation befreit, s. Pfitzer l. c. § 169., und auch als Schenkung betrachtet wären sie als einfache Schenkungen zu behandeln; sind sie aber nur als Vorlehen oder unverzinslicher Vorschuß gegeben, so fallen sie nicht in die Kategorie der Schenkungen, sondern der Schulden; Schweppe l. c. Hingegen ist eine dem Sohn zur Anrichtung eines eigenen Haushalts gegebene Summe allerdings der Collation unterworfen; Lynck Diss. de subsidio paterno cap. 4., v. Buchholz Versuche S. 74., Puchta Pand. § 513. not. b. Besonders entscheidend dafür ist der Sachsenspiegel Bch. I. Art. 13., s. auch Emminghaus Sächs. Pand. S. 675.

Militair=Einstandsgelder sind der Collation nur dann unterworfen, wenn sie der Erblasser ausdrücklich befohlen hat, oder wenn andere Descendenten eine dos oder donatio propter nuptias einzuwerfen haben. Es gilt nämlich hier, was oben von der donatio simplex gesagt ist, indem bei Zuwendungen der Eltern an ihre Kinder animus

donandi präsumirt wird; l. 1. C. 2. 19., Erk. d. O. A. G. in Jena im Wochenbl. f. Rechtsfälle. 1849. no. 5. S. 49., Pfitzer l. c. § 171. Doch gilt eine Ausnahme, wenn das Einstandscapital sich so hoch beläuft, daß der Pflichttheil der übrigen Kinder dadurch verletzt wird.

Zu 10) Hie und da findet man den Satz aufgestellt: weil nach l. 20. pr. C. 6. 20. Alles, was in den Pflichttheil eingerechnet werden muß, auch der Collation unterworfen ist, so müssen auch Vermächtnisse conferirt werden; s. Schweppe l. c., v. Wening-Ingenheim l. c., Valett l. c. § 1080. not. 98. Wenn man aber bedenkt, daß durch den ausdrücklich oder durch concludente Handlungen des Erblassers an den Tag gelegten Willen auch etwas, was sonst der Collation unterläge, derselben enthoben werden kann, und mit der Gebung eines Vermächtnisses die Meinung, daß es der Legatar wieder einwerfen soll, unmöglich vereinbart werden kann, so wird man diesen Satz, anstatt der Bemühung, das Widersprechende, was in ihm liegt, durch Verclausulirung abzuschleifen, wie v. Wening-Ingenheim verb. „ausgenommen, es geht aus der Erklärung oder der Beschaffenheit des Gegenstandes oder anderen Verhältnissen die Absicht des Testirers hervor, mit dem Vermächtniß das Kind ausschließend zu begünstigen," vielmehr ganz verwerfen, s. v. Vangerow l. c. § 516. not. 3., wie denn auch die gemeine Meinung thut, indem nach ihr Justinians Aeußerung in l. 20. pr. C. 6. 20. nur auf Zuwendungen unter Lebenden bezogen werden darf; cf. l. 10. l. 16. C. 6. 20. Auch in Ansehung der m. c. donatio geht gegen die abweichende Meinung von Fein l. c. S. 226. u. v. d. Pfordten in den Leipziger krit. Jahrb. 1844. S. 885. die herrschende Ansicht dahin, daß dieselbe unter keinen Umständen conferirt zu werden brauche. Natur und Wesen derselben ist einer Collationsverbindlichkeit eben so entgegen, wie bei Legaten, welchen sie auch in l. ult. C. 8. 57. gleichgestellt ist; vergl. Pfitzer v. d. Collation § 181., Mackeldey Institutionen § 696. not. e. u. die Lehrbücher von Hellfeld, Hofacker, Malblanc und Günther; Stryck Succ. ab int. Diss. II. c. 4. § 13., Heineccii Elem. Lib. 37. tit. 6. § 18. no. 4., Petersen de collatione. § 47.

Zu 11) Dabelow im civil. Archiv Bd. II. S. 67. erzählt

zu a) einen Fall, welcher in dreierlei Erkenntnissen jedesmal anders entschieden wurde. Er selbst unterscheidet zwischen einfacher und qualificirter Verheimlichung, und versteht unter letzterer eine solche, wobei der Geber speciell angeordnet hat, daß die anderen Kinder zu keiner Zeit etwas von der Schenkung erfahren sollten, oder wo er die Schenkung selbst unter ein Scheingeschäft versteckt hat, z. B. er verkaufte seiner Tochter ein Gut, und quittirte sie über den Kaufschilling, obgleich sie

nichts bezahlt hatte. In diesen qualificirten Fällen nimmt er den väterlichen Willen als unzweifelhaft für die Ausschließung der Collation an.

Es ist dabei natürlich vorausgesetzt, daß dergleichen Schenkungen mit Collationsposten der andern Kinder zusammentreffen, denn sonst würden ja donationes simplices selbst nach den Gesetzen der Collation nicht unterworfen seyn, und es bedürfte dann nicht erst des bestimmten Willens des Gebers.

Zu b) Man würde diesen Fall nur dann auf gleiche Weise entscheiden können, wenn daraus, daß der Vater einem seiner Söhne eine Obligation oder ein Grundstück zuschreiben läßt, mit Gewißheit auf eine Schenkung zu schließen wäre. Dies kann aber nicht angenommen werden, weil sich gar mancherlei Beweggründe dazu denken lassen, und ein Erlaß der Collation daraus nicht abzunehmen ist; Leyser Sp. 413. Med. 5., Püttmann Advers. jur. univ. pag. 79. Der Sohn muß also erst den Beweis der Schenkung herstellen; l. 16. C. 4. 10., Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. II. S. 404.

Zu c) Durch eine bestimmte Willenserklärung, was ein jedes Kind nach seinem Tod haben solle, hat der Vater allerdings eine Collation ausgeschlossen; es muß daher, wenn keine Verletzung im Pflichttheil unterläuft, bei der divisio parentis inter liberos verbleiben; s. Gottschalk Disc. for. T. I. pag. 409., Leyser Sp. 413. Med. 7., Voet Comm. ad Pand. Lib. 37. tit. 6. § 27. etc.

Wenn der Vater in seinem Testament bestimmt hat, was ein jedes der Kinder einwerfen solle, so muß es allerdings dabei bleiben, wenn auch eines der Kinder noch mehreres, was nach den Gesetzen der Collation unterworfen wäre, bekommen hätte, s. Gottschalk l. c. T. I. pag. 411., Höpfner Instit. Comm. § 710. not. 5., Struben rechtl. Bedenken Th. II. S. 360., Leyser Sp. 413. Med. 6 u. 7.; wenn er jedoch bei einem Kind das Conferendum bestimmt, bei den Uebrigen aber, welche doch auch in einem gesetzlichen Collationsfall sich befinden, nichts davon gesagt hat, so muß nach der Nov. 18. c. 6. ein Vergessen als muthmaßlich angenommen, und die Vorschrift festgehalten werden, daß bloßes Schweigen die gesetzliche Collationspflicht nicht ausschließe; Püttmann l. c. pag. 86., Leyser Med. Sp. 413. Med. 4.

Zu 12) Man könnte die Gültigkeit einer solchen Convention aus dem Grund bezweifeln, weil ein pactum de hereditate viventis nach R. R. unzulässig ist, s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 37. tit. 6. no. 28.; indessen bemerkt Schweppe l. c. § 865. wohl ganz richtig, daß das Object nicht im Vermögen des künftigen Erblassers, sondern des Mit-

erben selbst ist, und so weit nach deutschem Recht Erbverträge gelten, könnte ja auch gegen einen solchen nichts eingewendet werden.

Zu 13) In l. 20. pr. C. 6. 20. ist die Zeit des Todes des Erblassers angenommen, und insgemein wird dies als Regel betrachtet; *) s. die Lehrbücher von Hofacker § 1664., Seuffert § 589., Thibaut § 886. (Ed. 8.), Schweppe § 865., v. Wening-Ingenheim § 512. (185.), Voet Comm. ad Pand. Lib. 37. tit. 6. § 9., Mühlenbruch § 721., Göschen Vorlesungen Bd. III. § 970. not. 3., v. Hartitzsch Erbrecht § 231. no. 1., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. no. 464. u. X. Daraus folgt, daß

a) bei zufälliger Werthverminderung nur der zur Zeit des Todes noch vorhandene Werth conferirt zu werden braucht;
b) schuldhafte Deterioration nur, wenn sie nach dem Erbschaftsanfall stattgehabt hat, vom Collationspflichtigen zu prästiren ist, dagegen er für die Periode rückwärts nur dolum zu prästiren hat, da er voller Eigenthümer ist;
c) daß er auch die seit der Todeszeit gezogenen Früchte conferiren muß; **)
d) daß ihm, in so ferne die Sachen durch nützliche Verwendungen besser geworden sind, diese soweit vergütet werden müssen, als zur Zeit der Collation der dadurch bewirkte größere Werth noch vorhanden ist; s. Schweppe l. c., vergl. Pfitzer l. c. § 254—257. Es ist zwar auch streitig, ob die Sache selbst eingeworfen werden muß, oder nur deren Werth, und das Erstere wird umständlich ausgeführt von Pfitzer l. c. § 193., welcher auch mehrere andere

*) Fein l. c. § 53., ob er gleich die obige Ansicht als die herrschende anerkennt, will mit Andern, z. B. Pfitzer v. d. Collation § 202—208., Reinhard Lehre v. d. Einwerfung § 279., den Zeitpunkt der Erbschaftstheilung angenommen wissen, weil sonst die Collationsberechtigten im Nachtheil wären, denn sinken in der Zwischenzeit die Collationsgegenstände im Werth, so kann sich der Pflichtige durch Naturaleinwerfung helfen; steigen sie aber, so gewinnt er auf Kosten der Collationsberechtigten. Damit stimmen überein Sintenis pr. Civilr. Bd. III. S. 550., Weiske Rechtslex. Bd. III. S. 846.

**) S. Pfitzer l. c. § 272., Reinhard l. c. § 408., v. Hartitzsch Erbr. § 231. not. c., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. V. § 184. not. 5., Schweppe Bd. V. § 865. not. 3. Dagegen modificirt Fein l. c. § 54. also: der Collationspflichtige hat alle mit der Substanz des Collationsobjects selbst im Momente der Erbschaftsantretung noch verbundene oder später hinzukommende Accessionen, sowie alle nach der Erbschaftsantretung von ihm percipirte Zinsen und Früchte zu prästiren.

Schriftsteller, z. B. Lauterbach, Beck, Hofacker, Brunnemann, für seine Meinung anführt; doch scheint in Praxi die Meinung, daß der Collationspflichtige auch durch Collation des Werths seiner Obliegenheit Genüge leisten könne, zu überwiegen; s. l. 1. § 12. D. 37. 6. — l. 5. C. 6. 20. — Nov. 97. c. 6., Mevius P. I. Dec. 86., Voet l. c. § 9., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IX. no. 463., Sintenis pr. Civilr. Bd. III. S. 551. not. 34. Die rechtlichen Wirkungen der Collationsverbindlichkeit müssen aber in beiden Fällen sich gleich bleiben; s. Pfitzer l. c.

Zu 14) Nur in so fern er besitzt, oder dolo possidere desiit, ist er einzuwerfen schuldig, hat er aber den Gegenstand verkauft, so ändert dies an seiner Collationsverbindlichkeit nichts, weil er dann durch die Kaufsumme bereichert ist, s. Schweppe l. c. § 865. not. 5; zufälliger Untergang der Sache hingegen befreit ihn von der Collation; l. 2. § 2. D. 37. 6. — Nov. 97. c. 6. Hat die Tochter ihr zu conferirendes Heirathsgut durch Ueberschuldung ihres Ehemanns verloren, so kommt es darauf an, ob ihr die unterlassene Zurückziehung zu imputiren sey; Auth. quod locum l. 6. C. 6. 20.

Zu 15) Hierüber bestehen sechserlei Meinungen: Einige behaupten, der Collationspflichtige habe vom Todestag an zu verzinsen, oder a momento hereditatis delatae, s. v. Buchholz Vers. l. c., Walch Introd. in Controv. jur. civ. pag. 403., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. IV. th. 51., Cocceji jus controv. Lib. 37. tit. 6. qu. 6., Voet Comm. ad Pand. Lib. 37. tit. 6. § 24., Curtius Handb. d. Sächs. Civilr. Th. II. § 94., Hufeland Lehrb. d. Civilr. Bd. II. § 1241. not., weil mit diesem die Collationsverbindlichkeit eintrete, l. 5. § 1. D. 6. 20.; Andere machen den Zeitpunkt der Erbantretung, s. Müller ad Leyser T. IV. fasc. II. pag. 9., Zoller D. ex quo tempore usurae conferendorum sint pendendae § XI., wieder Andere den Tag der wirklich geschehenen Erbtheilung, noch Andere den vom Richter zur Collation gesetzten Termin, Mascov. Opusc. no. VIII. pag. 270., zum tempus a quo, und wieder Andere statuiren Verzugszinsen erst von der Zeit an, da die Collation gefordert wurde;*) Lauterbach Diss. de collat. bonor. in opusc. T. I. no. 77. — Huber Praelect. ad Dig. Lib. 37.

*) Nicht ohne Einfluß blieb auch die bekannte Controverse über die Regel: dies interpellat pro homine; s. Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanwendung Bd. I. S. 2 u. 9., Thibaut civil. Archiv Bd. VI. no. 2., Bd. XVI. no. 5. und Bd. VII. no. 3.

tit. 6. § 6., Beck de collat. bonor. c. III. § 21., Thibaut System § 886. (Ed. 8.), v. Langenn u. Kori Erörter. Th. II. S. 193., Braun Dictaten zu Thibaut § 735., Guyet im civilist. Archiv Bd. XXI. S. 161., Struben rechtl. Bedenken Th. IV. no. 56., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 865. u. not. 3. Das Königl. Sächs. Appellationsgericht hat den Grundsatz angenommen, daß eben so wie die Legate auch die Collationsposten vom 30sten Tag an zu verzinsen seyen; s. v. Langenn u. Kori l. c. S. 212., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 90. Eine sechste Meinung geht dahin, daß ein allgemeiner Normal-Zeitpunkt sich gar nicht bestimmen lasse, sondern die Frage über mora und folgbar über Verzugszinsen immer nur nach Beschaffenheit des einzelnen Falles zu beurtheilen sey; s. Pfeiffer praktische Ausführungen Bd. IV. S. 88. Dieser Meinung, welcher auch die Anhänger der 5ten Meinung nicht fern stehen, und welche Fein l. c. § 56. durch eine große Menge von Citaten als die herrschende nachweist, daß nämlich die mora erst nach der Erbschaftsantretung des Collationspflichtigen durch Interpellation entstehe, dürften wohl auch diejenigen beizuzählen seyn, welche sich in Ansehung der Zinsschuldigkeit des Conferenten ganz allgemein ausdrücken, wie Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. § 744., v. Wening-Ingenheim Lehrb. § 512. (184.): ex quo moram admisit heres in restituendo.

Die Hauptverschiedenheit dieser Meinungen liegt darin, daß die Anhänger der ersten und zweiten eine mora ex re statuiren, dagegen die übrigen vier am Ende in einem gemeinsamen Punkt zusammentreffen, daß mora und folglich eine Schuldigkeit zu Verzugszinsen nur durch Interpellation bewirkt werden könne.

Daß der Todestag nicht als terminus a quo angenommen werden könne, leuchtet von selbst ein, weil man da noch gar nicht wissen kann, wer Erbe oder Miterbe wirklich wird, und weil man selbst doch vorerst auf eine Ueberlegungsfrist Anspruch machen kann, und durch kein Gesetz auf einen bestimmten Zeitpunkt zur Erbschaftsantretung beschränkt ist, daher auch l. 3. pr. D. 37. 6. die Collation nicht von vorn herein fordert. Aber auch zur Zeit der Erbschaftsantretung kann nur höchstens die Collationsverbindlichkeit in abstracto und qualitativ feststehen, aber durchaus noch nicht in concreto und quantitativ; die Verbindlichkeit ist zwar vorhanden, aber die wirksame Geltendmachung setzt noch gar Manches voraus und ist von den speciellen Verhältnissen des Erbfalles abhängig, so daß der an sich in hypothesi Collationspflichtige oftmals in thesi nicht wissen kann, ob, was, und wem er conferiren soll. Schon hienach leuchtet es ein, und wird auch durch die Gesetze unterstützt, daß kein

absoluter Zeitpunkt für die Collation und folgbar für den Verzug angenommen werden könne, s. besonders l. 5. § 1. D. 37. 7. u. l. 2. § 9. D. 37. 6. stipulatio autem collationis tunc committitur, quum interpellatus cum aliquo spatio, quo conferre potuit, non fecit, maxime, quum boni viri arbitratu collationem fieri edicto Praetoris insertum est, s. vorzüglich Guyet l. c., Pfeiffer l. c.; doch muß man mit Letzteren wohl den Fall unterscheiden, wenn der Erblasser selbst dem einen und andern Erben bestimmte Herauszahlungen an Miterben in bestimmtem Zeitpunkte aufgegeben hat. Z. B. A. hat bei seiner Verehelichung das väterliche Haus im Anschlag zu 1000 fl. erhalten, mit der Bestimmung, daß er hieran seinen Theil haben, und an seine einzige Schwester 200 fl. bei Antretung eines eigenen Ansitzes und 300 fl. nach der Eltern Tode herausgeben solle.

In diesem Fall schlägt keine Collation an, sondern A. hat seiner Schwester lediglich die 500 fl. von den festgesetzten Zahlungszeiten an zu verzinsen.

Zu 16) Die Beweislast trifft wohl am natürlichsten denjenigen, welcher die Einrede erhebt. Die dotirte Descendentin legt nämlich dem Richter die Unbilligkeit des Sachverhältnisses als Begründung ihres Anspruches äußerlich dar, sobald sie nachweist, daß neben ihr ein anderer Descendent eine simplex donatio erhalten hat. Dann ist es Sache des einfach Beschenkten, die Aufhebung dieser Unbilligkeit durch Zuwendung einer sonstigen simplex donatio an die dotirte Descendentin zu behaupten und resp. zu beweisen; s. Fein d. Recht der Collation S. 216. not. 57.

Zu 17) Daß A. u. B. ihre dos und donatio propter nuptias conferiren müssen, leidet von selbst keinen Zweifel. C. müßte seine einfache Schenkung dem A. allein conferiren, denn der B. brauchte er sie nicht einzuwerfen, wenn er mit ihr allein concurrirte, und die fernere Concurrenz des A. kann hieran nichts ändern; s. Fein l. c. § 43. und den im § 48. entwickelten Theilungsmaßstab.

Zu 18) Diese Frage dürfte mit Fein l. c. S. 225., Lauterbach Diss. de collat. dotis u. Andern zu bejahen seyn, da die donatio simplex an und für sich der Collation nicht unterworfen ist, sondern nur in so fern eine dos etc. conferirt wird, dieser Fall aber nicht eintritt, wenn der einfach Beschenkte die Collation jener erläßt.

Zu 19) Darüber, daß der Collationspflichtige sich das Conferendum nicht in die Quarta Falcidia einzurechnen braucht, ist wohl kein Zweifel, das Gegentheil scheint aber bei Demjenigen stattfindend, welchem etwas conferirt wird, da er dies doch als Zuwachs der Erbschaft erhält; man

muß aber doch die Frage verneinen, denn er erhält es nicht eigentlich jure hereditario, nicht de bonis defuncti, sed propter bona defuncti; l. 1. § 14. D. 35. 2. cf. l. 1. § 14. D. 37. 9., Weiske Rechtslex. Bd. III. S. 834.

Kapitel IX.

Von Veräußerung und Verlust einer erworbenen Erbschaft.

1) Bekanntlich hebt nach R. R. die Veräußerung einer bereits erworbenen Erbschaft die Eigenschaft des Erben am Verkäufer nicht auf und macht nicht den Käufer zum Erben;*) l. 2. l. 6. C. 4. 39. — l. 2. C. 6. 37. — l. 2. § ult. D. 18. 4. Nur unter den beiden Contrahenten entsteht ein eigenes Rechtsverhältniß, aber Dritten gegenüber behält der Erbe, des Erbschaftsverkaufs ungeachtet, alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Erben.**) In so fern demnach die Erbschaftsgläubiger sich des geschehenen Verkaufs ungeachtet an den verkaufenden Erben zu halten haben, s. Ulp. Fragm. tit. 19. § 14., und dieser nur dann liberirt wird, wenn der verklagte Käufer die Klage freiwillig auf sich nimmt, l. 2. C. 4. 39., wozu er, wenn er auch dem Verkäufer die Uebernahme und Berichtigung der Erbschaftsschulden versprochen hatte, dennoch vom Richter nicht angehalten werden kann, l. 50. D. 5. 3. — l. 88. D. 28. 5. — l. 2. C. 4. 39. — l. 2. C. 2. 3., Glück P. C. Bd. XVI. S. 374., so fragt sich gleichwohl, ob nicht nach deutschen Rechten, welchen die aditio hereditatis mit ihren stricten Folgen fremd geblieben ist, s. Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. § 466. (414.), und welchem es auch nicht zuwider ist, daß aus einem für das Interesse eines

---

*) Ausgenommen, wenn der fiscus eine Erbschaft verkauft. Zwar ist dies ungeachtet der Bestimmung in l. 1. C. 4. 39. in neuerer Zeit bestritten worden; s. Kämmerer in Linde's Zeitschr. Bd. XI. S. 346., s. aber dagegen Arndts ebend. Bd. XIX. S. 1. u. im Rechtslex. Bd. IV. S. 26.

**) Ueber die hiemit verwandte Frage: ob der Verkäufer oder der Käufer durch das Accrescenzrecht erwerbe? s. oben S. 796. Kap. V. § 2. Nr. 3.

Dritten geschlossenen Vertrag auch dieser Dritte klagen könne, ein anderes zu statuiren sey?

2) Gilt der Verkauf einer noch nicht deferirten Erbschaft, z. B. während der zu Beerbende noch lebt, oder aber nach bereits eingetretenem Beerbungsfall, wenn der Erbe nur bedingt eingesetzt ist, und die Bedingung noch nicht existirt, oder wenn er nur substitutionsweise zur Erbschaft berufen und der Substitutionsfall noch nicht eingetreten ist?

3) Da der Bestand der Erbschaft im Zeitpunkt des Anfalls, des Antritts und des Verkaufs verschieden seyn kann, so fragt sich, nach welchem Zeitpunkt der objective Inhalt des Kaufs zu betrachten sey?

4) Wird h. z. T. ein Erbe der Erbschaft verlustig, wenn er sich weigert, des Entleibten Tod zu rächen?

5) Wenn der Verkäufer einer Erbschaft nach geschlossenem Verkauf eine dazu gehörige Sache an einen Andern verkauft, so versteht sich wohl von selbst, daß er dem Erbschaftskäufer, welcher ja gegen den Dritten keine Realklage hat, entweder die Sache verschaffen oder deren Werth vergüten muß. Wie aber, wenn die Sache bei dem Käufer durch einen Zufall zu Grunde gegangen ist, welcher dieselbe auch bei dem Verkäufer selbst betroffen haben würde? kann hier der Verkäufer nicht dem Käufer die Einrede entgegensetzen, daß er auch ohne den geschehenen Verkauf den Verlust hätte erleiden müssen?

6) Wenn der Erbe, dem der Erblasser schuldig war, die erworbene Erbschaft verkauft, ist dann der Käufer Jenem seine eigentlich durch Confusion erloschene Forderung noch zu bezahlen verbunden?

Zu 1) Gottschalk Disc. for. T. II. pag. 37. und eben so v. Hartitzsch Entscheidungen ꝛc. no. 167. behaupten dies nach Sächsischem Recht unter Anführung etlicher Präjudicien, und Hellfeld Jurispr. for. § 1015. räumt sogar den Gläubigern stets actionem utilem gegen den Erbschaftskäufer ein; allein dem ist l. 2. C. 4. 39. bestimmt entgegen, und in den allgemeinen Grundsätzen läßt sich kein Grund dafür finden. Voet Comm. ad Pand. Lib. 18. tit. 4. no. 16. hat zwar eine so unhaltbare Meinung nicht, meint aber doch, daß wenigstens in Praxi den Erbschaftsgläubigern nicht durchaus das Klagrecht gegen den Erbschaftskäufer versagt werde. Immerhin muß man jedoch

diese Praxis als bedenklich ansehen, während man nicht in Abrede stellen kann, daß die römische Ansicht über die Nothwendigkeit der Erbschaftsantretung und mit ihr auch der Grundsatz: semel heres semper heres gemeinrechtlich in Deutschland geworden ist, s. Mittermaier Deutsch. Privatr. § 466. (414.), und daß eben so wenig der Grundsatz: pacta tertio nec prodesse nec nocere debere in seinem ganzen Umfang als aufgehoben betrachtet werden kann, wenn auch gleich für die Rechtserwerbung durch Andere nicht durchaus die römischen Ansichten fortbestehen; s. Glück P. C. Bd. IV. § 343.

Zu 2) H. z. T. gilt bekanntlich der Vertrag über die Erbschaft einer bestimmten Person, auch ohne deren Einwilligung, unter den Paciscenten, s. Glück l. c. Bd. XVI. S. 314. und die in not. 56. angeführten Autoren; aber auch in den anderen bezeichneten Fällen gilt er als Hoffnungskauf, s. l. 10. l. 11. l. 13. D. 18. 4.

Zu 3) Zunächst wird dabei immer die Absicht der Contrahenten zu untersuchen, im Zweifel aber der Zustand von Zeit der Delation bis zur Zeit des Verkaufs der Erbschaft (a die mortis in id usque tempus, quo venditio fit) anzunehmen seyn, l. 2. § 1. D. 18. 4., Glück l. c. S. 323., daher der Verkäufer auch das, was er vor dem Verkauf dolo vel culpa lata von der Erbschaft hat abkommen lassen, oder verschenkt hat, vergüten muß; l. 2. § 3—5. D. 18. 4. Was er nach dem Verkauf zur Verringerung der Erbschaft gethan hat, dafür hat er auch das geringste Versehen zu prästiren; s. Glück l. c., Thibaut System § 887. (Ed. 8.) Immer aber haftet der Verkäufer nur de facto suo und ist auch nur zur Evictionsleistung des Ganzen oder des verkauften idealen Theils verbunden, nicht aber einzelner Erbschaftsstücke. Non rerum singularum sub hereditate contentarum, sed rei incorporalis, universi scilicet juris hereditarii sive lucrosi sive damnosi, venditio facta creditur; Voet Comm. ad Pand. Lib. 18. tit. 4. no. 4.

Zu 4) Die heutige Anwendbarkeit dieser Bestimmung wird von Manchen behauptet, s. Lyncker de bonis ereptitiis § 22., von Andern verneint, weil nach Art. 214. C. C. C. Niemand zur Anklage eines Verbrechers gezwungen werden kann, s. Boehmer Meditt. in C. C. C. pag. 937. Da man aber verborgene Verbrechen der Obrigkeit wenigstens anzuzeigen schuldig ist, so dürfte wohl die Unterlassung der Anzeige eines begangenen Mordes als Indignitätsgrund angesehen werden, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 172., J. H. Boehmer D. de expensis criminalibus Cap. 2. § 3., wo auch ausgeführt ist, daß die Erben des Entleibten nicht schuldig sind, die Kosten der Untersuchung zu übernehmen.

Zu 5) Dieser Einwand findet nicht Statt, denn Alles, was der Verkäufer einer Erbschaft als einer universitas vornimmt, ist als negotiorum gestio für den Käufer anzusehen, weshalb ihm auch das Product oder im unterstellten Fall der erlangte Kaufpreis nicht entzogen werden kann; l. 21. D. 18. 4., Glück l. c. S. 332.

Zu 6) Nach l. 2. § 18. D. 18. 4. lebt die durch Confusion erloschene Forderung des Erben an den Erblasser in Folge des Erbschaftsverkaufs wieder auf, und der Käufer muß sie wie jede andere Erbschaftsschuld bezahlen. Dasselbe gilt von Servituten, welche dem Erben auf Grundstücken des Erblassers zustanden; l. 2. § 19. D. 18. 4. — l. 9. D. 8. 4., Glück l. c. S. 367. So muß der Erbschaftskäufer auch ein Legat, selbst wenn der Verkäufer der Erbschaft selbst Erbe des Legatars wurde, diesem eben so gut entrichten, wie er es dem Legatar selbst hätte entrichten müssen; l. 24. D. 18. 4.

Kapitel X.

Von Vermächtnissen und Singularfideicommissen.

Inst. II. 20. de legatis. Dig. XXX—XXXII. de legatis et fideicommissis. Cod. VI. 37. de legatis. Cod. VI. 42. de fideicommissis. Cod. VI. 43. communia de legatis et fideicommissis etc.

§ 1. Im Allgemeinen.*)

1) Die Dispositionen eines testirfähigen Erblassers — wenn sie nicht nuda praecepta sind**) — l. 114. § 14. D. de leg. I. (30.) — l. 38. § 4. D. de leg. III. (32.), verpflichten schlechthin, und zwar jeden Erben nach Verhältniß seines Erbantheils, l. 33. pr. D. de leg. II. (31.), wenn nicht der Testator ausdrücklich solidarische Verbindlichkeit auferlegt hat, oder das Object untheilbar ist; l. 8. § 1. D. de leg. I. — l. 11. § 23. l. 25. pr. D. de leg. III. Der

*) Ueber die Collision der Gläubiger des Erblassers und des Erben mit den Legatarien s. oben S. 817. Kap. VI. § 3. — Ueber den Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen hat Höpfner Instit. Comm. § 553 u. 555. no. 2. einige praktische Beispiele.

**) S. oben S. 191. Kap. II. § 7. Nr. 7.

Testator kann jedoch Niemand weiter oneriren, als er ihn honorirt hat. Nicht einmal ein Substitut, welcher einem enterbten Unmündigen bestellt worden ist, kann mit einem Legat oder Fideicommiß beschwert werden, wenn der Testator nicht auch den Pupillarsubstituten in primis tabulis zu seinen Erben ernannt hat; l. 24. C. 6. 37. — l. 41. § 3. D. 29. 1. — l. 126. pr. D. de leg. I. — l. 103. pr. D. de leg. III. — l. 87. § 7. D. 35. 2. Wenn es aber doch geschehen ist, was sind die rechtlichen Folgen? insbesondere wenn Jemandem etwas legirt, ihm aber dagegen die Abtretung einer ihm eigenthümlichen Sache auferlegt ist, oder wenn sich das Verhältniß zwischen dem onus und commodum nicht voraus mit Sicherheit berechnen läßt, z. B. es sind dem A. 1000 fl. legirt, aber nach seinem Tod sollen seine Erben 2000 fl. an das Waisenhaus entrichten.

1[a]) Wenn mehrere Erben mit einem Vermächtnisse belastet sind, haften sie dann nach Viriltheilen, oder nach dem Verhältniß ihrer Erbportionen?

2) Ist es zur Gültigkeit eines Legats erforderlich, daß schon zur Zeit der Errichtung die zur Gültigkeit desselben erforderlichen Bedingungen vorhanden gewesen seyn müssen, insbesondere daß der Legatar schon damals die Fähigkeit,*) ein Legat zu erwerben, gehabt habe, oder genügt es, wenn nur zur Zeit des Anfalls ihm kein rechtliches Hinderniß entgegenstand?

3) Gilt ein Vermächtniß, welches in den Willen des Erben oder eines Dritten gestellt ist?

4) Kann der Legatar das Legat vor der Zeit der Fälligkeit (dies veniens) rechtsverbindlich ausschlagen? kann er es ferner theilweise oder von zwei Legaten nur Eines annehmen, das andere ausschlagen?

5) Wie ist zu entscheiden, wenn dieselbe Sache Mehreren, oder Einem ganz, dem Andern zum Theil, oder Einem zweimal vermacht ist?

6) Was ist Rechtens, wenn der Nachlaß nicht zur Bestreitung sämmtlicher Legate hinreicht?

*) Von der Fähigkeit, ein Legat zu erwerben, ist hier nichts Besonderes zu bemerken, indem dazu nur die Erbfähigkeit überhaupt erfordert wird, wovon indessen das Alimentenlegat eine Ausnahme macht, indem dieses auch einem der Erbschaft Unfähigen hinterlassen werden kann; l. 11. D. 34. 1.

7) Bekanntlich kann ein filius familias (diejenigen ausgenommen, welche geistlichen Standes sind) nicht über sein peculium paganum testiren; gilt aber nicht eine Ausnahme zu Gunsten eines Legats ad pias causas?
8) Von welcher Zeit an können Verzugszinsen aus einem Legat, dessen Zahlungszeit nicht durch das Testament selbst bestimmt ist, gefordert werden?
9) Wenn ein Testament für ungültig erklärt wird, weil der Erbeinsetzung ein Irrthum in den Beweggründen zum Grunde lag, sind dann auch die Legate hinfällig?
10) Bleiben die Legate wirksam, wenn der heres suus von der Erbschaft abstinirt? und ist auch der Substitut für die dem Vormann auferlegten Vermächtnisse verpflichtet?
11) Kann der Erbe ein von ihm aus Rechtsirrthum bezahltes Legat zurückfordern?
12) Wenn der Testator die vermachte Sache bei Lebzeiten schon veräußert hat, ist da der Erbe schuldig, die Aestimation zu leisten?
13) In wie fern kann ein Legat durch Usucapion erworben werden?

Zu 1) Wenn im ersten Fall der Legatar das Vermächtniß angenommen hat, so gilt dessen Annahme dafür, daß er die dagegen abzutretende Sache nicht höher angeschlagen habe, als das dagegen Empfangene; l. 70. § 1. D. de leg. II. — l. 36. D. 35. 2. — Elvers jurist. Lit.-Ztg. v. J. 1828. S. 66., Thibaut System § 898. (Ed. 8.) Ist aber dem Legatar eine gewisse Geldsumme cum onere fideicommissi dergestalt vermacht, daß letzteres die erstere übersteigt, so kann er sich durch Abtretung seiner Klagen an den Fideicommissar ganz aus dem Verhältniß ziehen; nimmt er aber das Legat an, so wird er dem Fideicommissar pro quantitate legati, aber auch nicht weiter verbindlich. Seine Erben müssen daher jenes Geldlegat mit allen während seines Genusses angefallenen Zinsen an den Fideicommissar, soweit es nöthig ist, restituiren, l. 70. § 1. D. de leg. II.; so auch, wenn es ungewiß ist, wie viel die species legata dem Legatar eintragen wird, l. 114. § 1. D. de leg. I., oder wenn das ihm auferlegte onus nicht früher berechnet werden kann, z. B. nach l. 24. § 12. D. 40. 5. si legatarius rogetur, servum alienum redimere, denn der Herr des Sclaven könnte einen ungeheuren Preis fordern.

Zu 1a) Bezüglich dieser umfänglich in v. Vangerow Pand. Bd. II. § 521. not. 3. erörterten Streitfrage besteht ein von den Rechts-

gelehrten bis jetzt für unauflöslich erkannter Widerstreit der l. 17. D. 45. 2. einer- und der l. 54. § 3., sowie besonders l. 124. D. de leg. I. (30.) andererseits. Die erste Gesetzstelle bringt die allgemeine Regel, daß dem Legatar der Anspruch an vorhandene mehrere Erben nach dem Verhältniß ihrer Erbschaftsquoten zustehe, l. 33. pr. l. 44. pr. l. 77. § 29. D. de leg. II. (31.), auch in dem Fall in Anwendung, wenn die Onerirten vom Testator namentlich aufgeführt sind, denn indem die Erbenqualität den Grund ihrer Verbindlichkeit ausmacht, scheint auch der Maasstab derselben kein anderer seyn zu können. Die beiden anderen Gesetzstellen betrachten aber dann die Sache aus einem anderen Gesichtspunkte, wenn der Testator die mehreren mit Namen bezeichneten Personen, welche er onerirte, in Verbindung mit einander gesetzt, sie in eine und dieselbe und somit gemeinschaftliche Verbindlichkeit versetzt hat. Da scheint seine Intention geradezu auf Persönlichkeiten gerichtet, diese Personen müßten darum gleich behandelt werden, woraus folgt, daß sie pro parte virili haften. Was hat nun der Richter zu thun? Da der Gesetzgeber selbst seine Bestimmungen nur aus dem muthmaßlichen Willen des Erblassers schöpfen konnte, so darf und muß wohl auch der Richter im concreten Fall alle Momente aufsuchen, welche zur Erkenntniß dessen, was der Erblasser eigentlich wollte, führen können. Schlägt aber dies Bemühen fehl, so möchten wir denjenigen Autoritäten folgen, welche die beiden letzten Gesetzstellen als prävalirend darum betrachten, weil sie auf einem specielleren und eben darum von der l. 17. D. 45. 2. abweichenden Grund beruhen, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando. Also: „Wenn einigen von mehreren Miterben, oder allen unter namentlicher Aufführung ohne nähere Bestimmung ein Legat zu entrichten auferlegt worden ist, so haften sie zu gleichen Theilen;" s. Puchta Vorlesungen Bd. II. § 524. not. 1., Sintenis Civilr. Bd. III. S. 712. not. 12., Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 284., Gerstlacher zur Lehre v. d. Rechtsverhältniß zwischen mehreren mit einem Legat belasteten Erben u. d. Legatar. Heidelberg 1853.

Zu 2) Es handelt sich hier um die sehr bestrittene Frage, ob die Catonianische Regel, l. 1. D. 34. 7. — § 22. J. 2. 20.*), auch noch im Justinianeischen Recht praktische Geltung habe, ob nämlich nicht durch die erfolgte Gleichstellung der Legate mit den Fideicommissen das mildere Recht dieser auch jenen zu Statten komme. Die älteren Rechtslehrer haben immer beide Momente zusammen für entscheidend angesehen, mehrere

*) Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere.

neuere halten dafür, daß bei solchen Rechtsgeschäften, welche an keine Solennien gebunden sind, und daher bei Legaten eben so wie bei Fideicommissen es genüge, daß denselben zur Zeit des Anfalls kein rechtliches Hinderniß entgegenstehe; s. Schömann Handb. d. Civilr. Bd. II. no. 8. S. 176 rc., v. Löhr in s. und Grolmanns Magazin für Rechtswissenschaft Bd. III. S. 196., Guyet Abhandl. aus dem Civilr. no. V. S. 103 rc., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. XI. S. 270., Schilling Bemerkungen über röm. Rechtsgeschichte S. 24., Valett Lehrb. § 1108., Thibaut System § 959. (Ed. 8.) und Braun Erörter. zu § 808., theilweise auch Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 882. Allein auch Legate können nicht nuda voluntate errichtet werden, indem auch zu Codicillen 5 Zeugen erfordert werden, und l. 201. D. de R. J. sagt: omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint. Die herrschende Meinung hat sich daher wieder der alten Lehre zugewendet, wonach die Capacität des Legatars zur Zeit der Legaterrichtung und am dies, quo legatum cedit, vorhanden seyn muß; s. Harnier de regula Catoniana. Heidelberg 1820. § 3. etc., Schröter Obs. jur. civ. no. 6. pag. 108., die Lehrbücher von v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 472. (103.), Mackeldey § 721., Mühlenbruch § 766., Puchta § 516., Müller über die Schenkung auf den Todesfall S. 89 rc., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Th. I. S. 237., Derselbe civilist. Archiv Bd. X. S. 328., Müller daselbst Bd. XIV. S. 274., Arndts im Rhein. Museum Bd. V. S. 204., Göschen Vorlesungen § 1006., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 540. Unbestritten ist, daß die Catonianische Regel nur auf solche Legate gehe, bei denen im Betreff des dies cedens die regelmäßigen Grundsätze gelten, also nicht auf bedingte Vermächtnisse; vergl. v. Vangerow l. c. und Müller civil. Archiv Bd. XIV. S. 295.

Zu 3) Daß ein solches Vermächtniß, welches der Testator dahin seinem Erben auflegt: si volet, so viel als keines sey, ist von selbst einleuchtend, l. 43. § 2. D. de leg. I., indessen kann der Testator dies und jenes seinem Erben in arbitrium quasi boni viri stellen; l. 75. pr. D. de leg. I. — l. 11. § 7. D. de leg. III. — l. 46. § 3. D. 40. 5. Er kann auch aus Mangel an Voraussicht zweifelhafter Verhältnisse seinem Legat eine Einschränkung beifügen, durch welche sich das Legat nach dem Gutfinden des Erben wieder aufhebt. So sagt l. 11. § 5. D. de leg. III., es sey ein legatum quasi conditionale, wenn der Testirer sagt: nisi heres meus noluerit, und l. 1. § 1. D. de leg. II.: cum placeat, in testamentis legatum in alterius arbitrium

collatum pro viri boni arbitrio accipi, ferner l. 6. pr. D. 36. 2. quod pure datum est, si sub conditione adimatur, quasi sub conditione legatum habetur. Unbedenklich kann auch die Zeit der Entrichtung des Legats in die Willkühr der Onerirten gestellt werden; l. 11. § 6. l. 41. § 3. D. de leg. III. Die durch scheinbar unauflöslichen Widerstreit mehrerer Gesetzstellen, cf. l. 32. pr. D. 28. 5. — l. 68. D. eod. — l. 52. D. 35. 1. — l. 1. pr. D. de leg. II. — l. 43. § 2. D. de leg. I. — l. 46. § 2. D. 40. 5., entstandene Controverse: ob ein Legat von einer willkührlichen Handlung des Erben abhängig gemacht werden könne? s. Glück P. C. Bd. XXXIII. § 1406 rc., dürfte wohl sich dahin auflösen, daß ein solches Legat zwar nicht ungültig, aber doch an und für sich unwirksam sey, wenn nämlich nach l. 3. D. de leg. II. ein also bedingtes Legat: heres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit, allerdings gelten soll, so wird es doch nicht für sich, sondern nur durch den guten Willen des Erben wirksam werden können, nämlich wenn dieser nicht, um sich von dem Legat frei zu machen, die geringe Mühe, das Capitol zu besteigen, vorzieht. In Ansehung der weiteren Frage: ob man sein Vermächtniß in die Willkühr eines Dritten stellen könne, ist die Verneinung nicht zweifelhaft, man läßt es aber als ein bedingtes Legat gelten, wenn es von der Handlung eines Dritten, welche in der Willkühr desselben steht, abhängig gemacht ist; l. 52. D. 35. 1. — l. 1. pr. D. de leg. II. — l. 46. § 2. D. 40. 5., Schrader Abhandl. aus dem Civilr. Bd. I. no. 3., Neustetel im civil. Archiv Bd. III. S. 94., Glück l. c. S. 443., Hugo Donell. Comm. Lib. VIII. c. 15. § 6—8. Daß übrigens die bemerkten Vorschriften des älteren römischen Rechts in Folge der späteren Gleichstellung der Legate und der bekanntlich viel laxeren Fideicommisse als antiquirt zu betrachten seyen, wie Neustetel l. c. dafür hält, oder nach Schrader l. c., welchem Mehrere hierin folgten, s. Thibaut System § 951. not. f. (Ed. 8.), durch das canonische Recht, s. c. 13. X. de testam., aufgehoben seyen, ist doch wohl mit mehr Grund zu verneinen; s. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 890., Höpfner Instit. Comm. § 488. not. 5., G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. Abth. 2. no. 145. § 18., Glück l. c. S. 476. Bd. XXXIV. S. 3. — Von einem bedingten Vermächtniß, dessen Bedingung auf eine willkührliche Handlung des Erben gestellt ist, findet sich in Geiger u. Glück merkw. Rechtsfällen Bd. III. S. 28. ein instructiver Fall. A. vermacht dem B. 1000 Thlr. von dem künftigen Verkaufserlös seines Hauses, jedoch nur auf den Fall, wenn seine Erben den Verkauf ihrer Convenienz gemäß halten, auch sich dazu ein annehm=

licher Käufer finden sollte. Würde aber — heißt es weiter — der Legatar die Erben zum Verkauf des Hauses nöthigen wollen, so soll er des Legats verlustig seyn. — Nun starben die Erben, ohne den Verkauf des Hauses ihrer Convenienz gemäß gefunden zu haben, und der Legatar glaubte nunmehr deren Erben zum Verkauf und zur sofortigen Entrichtung des Legats anhalten zu können. Für seine Intention schien zwar der Grundsatz zu sprechen, daß Vermächtnisse nach der Billigkeit und so erklärt werden sollen, daß die Absicht des Testirers nicht vereitelt werde, mithin hier kein solcher Sinn anzunehmen sey, nach welchem das Legat in infinitum verweigert werden könnte, vielmehr die Beschränkung des Legatanspruches zu Gunsten der Erben mit deren Tod von selbst hinwegfalle, da ihre Convenienz für die Beibehaltung des Hauses nicht über ihr Leben hinaus dauern konnte, wie auch l. 11. § 6. D. de leg. III. sagt: legatum: cum voluerit, tractum habet, quamdiu vivat is, a quo fideicommissum relictum est; cf. l. 41. § 13. D. de leg. III. Demungeachtet wurde gegen den Legatar respondirt. Das Legat wurde nämlich als in merum arbitrium heredis gestellt betrachtet, s. Walch D. de legato heredis in arbitrium collato. Opusc. T. I. Ex. 9., und die Bedingung für deficirt angenommen, weil die Erben den Verkauf nicht ihrer Convenienz gemäß gefunden hatten, sich auch kein annehmlicher Käufer zum Haus gefunden hatte, jede Bedingung aber in der Person in Erfüllung kommen muß, auf welche sie gestellt ist, wenn nicht die Gesetze eine besondere Ausnahme machen, l. 39. pr. l. 44. l. 51. § 1. l. 94. D. 35. 1., allenfalls aber auch auf die Erbeserben die Verbindlichkeit zur Entrichtung des Legats nur unter derselben Bedingung übergehen konnte, unter welcher ihre Erblasser dazu verpflichtet worden waren. Die l. 11. § 6. cit. konnte um deswillen nicht entgegenstehen, weil darin von einem solchen Fall die Rede ist, wo nicht die Bedingung des Vermächtnisses, sondern blos die Zeit der Ablieferung dem Willen des Erben überlassen worden war.

Zu 4) Eine Ablehnung vor dem dies veniens gilt nicht, l. 45. § 1. D. de leg. II., Schweppe l. c. Bd. V. § 895., und eben so wenig ein theilweises Annehmen oder Ausschlagen, l. 4. l. 6. l. 58. D. de leg. II., doch sind die Erben des Legatars nicht so gebunden, daß nicht der Eine seinen Antheil annehmen, der Andere ihn repudiiren könnte; l. 38. pr. D. de leg. I. — l. 4. D. de leg. III., Glück P. C. Bd. XXXII. S. 129. Von mehreren Legaten aber kann der Honorirte nur dann das eine annehmen und das andere ausschlagen, wenn nicht das eine, welches er ausschlagen will, belastet ist; denn in diesem

Fall muß er entweder beide annehmen oder beide ausschlagen; l. 5. pr. § 1. l. 23. D. de leg. II. — l. 10. D. 33. 2., Schweppe l. c. § 895.

Zu 5) Ist die Sache Mehreren — wenn auch disjunctim — vermacht, so bekommt Jeder die Hälfte, l. 10. § 2. l. 23. l. 34. pr. l. 67. § 1. l. 85. D. de leg. I. — § 3. J. 2. 20. — l. 1. § 3. D. 7. 2. — l. 1. § 11. C. 6. 51. — l. 7. pr. C. 6. 37., wenn nicht der Testator deutlich erklärt hat, daß der Eine die Sache, der Andere den Werth bekommen, oder daß durch das letzte Legat das erste aufgehoben seyn solle; l. 33. l. 82. § 5. l. 114. § 10. D. de leg. I. — l. 13. § 1. D. de leg. II. — l. 20. D. de leg. III. — l. 14. D. 33. 2. — l. 1. § 11. C. 6. 51., Schweickart in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 365., Schweppe l. c. § 893. Letzteres scheint beispielsweise angenommen werden zu müssen, wenn der Testirer sagte: meinen Garten, welchen ich dem Cajus vermacht habe, vermache ich dem Titius. Hier wird das Legat nach l. 33. D. de leg. I. als transferirt angesehen; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 288. Ist die Sache Einem ganz, dem Andern nur zum Theil vermacht, so erhält Jener nur, was Dieser übrig läßt; l. 1. pr. D. 34. 2., Schweppe l. c., Schweickart l. c., welcher gegen die von Schrader civilist. Abhandl. S. 244. behauptete Distinction, ob die zweite Disposition unmittelbar gefolgt oder durch anderweite Festsetzungen von derselben getrennt ist, wohl mit Grund einwendet, daß sie im allegirten Gesetz nicht enthalten sey, und auch nicht mit der zuvor erwähnten Bestimmung harmoniren würde, daß, wenn Zweien dieselbe Sache vermacht ist, sie sich darein zu theilen haben, nisi evidentissime aperuerit, ademtione a priore legatario facta ad secundum legatarium testatorem convolasse; l. 33. D. de leg. I.

Ist eine Sache Einem mehrmal legirt, so soll er sie doch nur Einmal haben; l. 66. pr. D. de leg. II. nemo unam eandemque rem ex duabus lucrativis causis adquirere potest. Besteht das Legat in einer Geldsumme, so ist sie alsdann mehrmalen zu prästiren, wenn sie verschiedenen Erben auferlegt ist, l. 44. § 1. D. de leg. II.; ist aber Einem Erben das Geldvermächtniß in gleicher Summe mehrmal auferlegt, so ist bei einer Hinterlassung in der nämlichen Disposition nur die eine, bei einer Hinterlassung in mehreren Dispositionen aber jede einzeln zu entrichten; l. 34. § 1. l. 86. § 1. D. de leg. I. — l. 12. D. 22. 3. — l. 66. § 5. D. de leg. II., Schweppe l. c. § 893., Struben rechtl. Bedenken Th. IV. no. 185 Würde indessen im ersten Fall der Legatar beweisen können, daß der Testirer wirklich die Verdoppelung des Legats beabsichtet habe, so wäre auch da zu Gunsten

des Legatars zu sprechen; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VIII. S. 274., Glück P. C. Bd. XXI. S. 301. Eben so muß im zweiten Fall umgewandt dem Erben der Beweis nachgelassen werden, daß das Doppelvermächtniß nur in einer Vergessenheit des Testirers seinen Grund habe; Glück l. c. Zuweilen können auch im Testament selbst hinlängliche Gründe liegen, woraus rücksichtlich der mehreren auch wohl in verschiedenen Summen derselben Person ausgeworfenen Legate die Absicht des Testators, das frühere durch das spätere Legat aufzuheben, deutlich erkannt werden kann, und dann wird dieser nachgegangen, z. B. so wurde das einem von mehreren instituirten Erben ausgeworfene Prälegat dadurch als widerrufen erkannt, daß der Testator in einem späteren Testament eine andere Person zum einzigen Universalerben ernannt, und Jenem, ohne des Prälegats zu gedenken, wiederum ein Vermächtniß hinterließ; s. Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Königl. Preuß. Rheinprovinzen Bd. V. Abth. I. S. 53.

Zu 6) Die Meinung, daß in diesem Fall die legata ad pias causas den Vorzug vor den übrigen hätten, welche mehrere Rechtsgelehrte, Tiraquell an der Spitze, aus Nov. 131. c. 12. u. l. 1. § 1. C. 6. 43. ableiteten, hat in den allegirten Gesetzstellen keinen hinlänglichen Grund, indem die erste nur von der Quarta Falcidia handelt, die zweite aber nicht ad speciem geht. Vielmehr stehen dieser Meinung l. 80. D. de leg. I. (30.) — l. 18. D. 29. 1. — l. 73. § fin. D. 35. 2. entgegen. Wo daher nicht durch besondere Landesgesetze den piis causis ein solcher Vorzug eingeräumt ist, wie im Lübischen Recht Buch II. tit. 1. Art. 7., muß der Abzug sämmtlichen Legatarien pro rata gemacht werden; s. Schirach im civil. Archiv Bd. II. S. 271.

Zu 7) Viele Autoritäten lassen sich zwar für die bejahende Meinung anführen, s. Glück P. C. Bd. XXXIV. S. 140. not. 3., aber in den Gesetzen findet sich kein Grund dafür, daher auch Glück l. c. mit mehreren Andern diese Meinung verwirft; s. Fritz im civilist. Archiv Bd. VI. S. 211., vergl. oben S. 579. Kap. III. § 1. Fr. 3.

Zu 8) Nächst den allgemeinen Regeln der mora ist hier nur die besondere rechtliche Begünstigung minderjähriger Legatare zu berücksichtigen. Bei ihnen vertritt da, wo sonst mora erforderlich ist, um eine Zinsenverbindlichkeit zu erzeugen, das minderjährige Alter die Stelle, s. l. 87. § 1. D. de leg. II. — l. 5. C. 4. 49. — l. 3. C. 2. 41., so daß der Minderjährige ohne Rücksicht auf die Zeit der erfolgten Erbschaftsantretung die Zinsen vom Todestag des Erblassers an fordern kann; s. Glück P. C. Bd. XXI. S. 47.

Zu 9) Die Erbschaft fällt zwar dann an die gesetzlichen Erben, aber die Legate müssen dennoch entrichtet werden, weil diese sich nicht auf einen Irrthum gründeten; l. 28. D. 5. 2. — l. 92. D. 28. 5. — Glück P. C. Bd. XXXIII. S. 423.

Zu 10) Zwar hat Glück P. C. Bd. XXIX. S. 239.*) diese Frage bejaht, indem er dem Rechtsgrundsatz, daß der heres suus ipso jure Erbe werde, und es zu seyn nicht aufhören könne, folglich das väterliche Testament destitut werde, die ausgedehntesten Folgen zuschrieb; er hat aber später Bd. XXXII. S. 21. not. 35. diese Meinung selbst als irrig zurückgenommen, indem ihr l. 1. § 4. D. 36. 4. offenbar entgegensteht, welche hierin den Fall der Abstention und der Repudiation ganz gleich behandelt. Nur die die Person und das Vermögen des eingesetzten Kindes betreffenden väterlichen Verfügungen, wie Pupillarsubstitution und Vormundschaftsernennung, kann dasselbe durch Abstinenz nicht unwirksam machen; s. Francke Beitr. zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien Bd. I. S. 145., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 539. Die Frage: ob auch der Substitut die dem Vormann auferlegten Vermächtnisse zu erfüllen schuldig sey, entscheidet l. 61. § 1. D. de leg. II. bejahend, und gleiche Verbindlichkeit hat auch derjenige, welchem durch Anwachsungsrecht der mit einem Legat onerirte Antheil eines Miterben zufällt; l. 49. § 4. D. de leg. II. In beiden Fällen wird indeß vorausgesetzt, daß die Auflage von der Art ist, daß sie Jeder erfüllen kann, und nicht wesentlich die Rücksicht auf persönliche Eigenschaften des Belasteten dabei zum Grunde liegt.

Zu 11) Nach l. 2. C. 6. 42. ist diese Frage unzweifelhaft zu verneinen; nur das fideicommissum vel legatum indebitum per errorem *facti* solutum kann nach l. 7. C. 4. 5. condicirt werden; s. Glück P. C. Bd. XXII. S. 327., vgl. Mühlenbruch im civil. Archiv Bd. II. S. 394. not. 76.

Zu 12) Hat der Erblasser die Sache ganz willkührlich veräußert, so gilt dies einer stillschweigenden Willensänderung gleich, Pauli Sent. recept. Lib. IV. tit. 1. § 9. — l. 8. pr. D. de leg. I.; und selbst wenn sie der Erblasser in der Folge wieder an sich gebracht hat, so kann daraus allein noch nicht gefolgert werden, daß der frühere Wille in des Testators Seele zurückgekehrt sey, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. X. S. 34., sondern der Legatar muß beweisen, daß der Testator die Sache um seinetwillen wieder angeschafft habe; l. 15. D. 34. 4., Glück l. c.

*) Nicht ohne Unterstützung mehrerer von ihm l. c. angeführter Schriftsteller.

Bd. XXI. S. 365. Hatte er sie aber aus einer gebieterischen Nothwendigkeit veräußert, so entscheidet l. 11. § 12. D. de leg. III. si rem suam testator legaverit, eamque necessitate urgente alienaverit, fideicommissum peti posse, nisi probetur, adimere ei testatorem voluisse. Probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam. Ist es zweifelhaft, ob der Erblasser aus Noth oder ohne Noth veräußert habe, so wird der Legatar den Beweis führen müssen, denn die Noth ist res facti; s. Höpfner Instit. Comm. § 588. not. 5.

Zu 13) Es wird dazu nur erfordert, daß der Legatar erbfähig gewesen sey; l. 7. D. 41. 8. Ob der Testator wirklich todt war oder nur todt geglaubt wurde, ist für die Usucapion gleichgültig; l. 5. l. 6. D. eod. Verschiedene Fälle der Legaterwerbung durch Ersitzung s. l. 4. l. 9. D. eod., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 902.

---

§ 2. Nebenbestimmungen: Zeit *) — Ort — Bedingung **) — modus.

1) Bekanntlich wird ein Vermächtniß mit dem Tod des Testators erworben,***) wenn es unbedingt, mit Existenz der Bedingung aber erst, wenn es ein bedingtes ist; l. 41. D. 35. 1. — l. 5. § 2. D. 36. 2. — l. un. § 7. C. 6. 51. Da nun auch die Beifügung eines ganz ungewissen Zeitpunkts einer Bedingung gleich geachtet wird, nam dies plane incertus facit conditionem, l. 21. pr. l. 22. pr. D. 36. 2. — l. un. § 7. C. 6. 51. — l. 1. § 2. l. 74. D. 35. 1., dagegen dies certus nicht das Recht der Erwerbung, sondern nur der Geltendmachung des Rechts aufschiebt, und auch diese nur in so fern, als der Legatar nicht durch die Mucianische Caution den Besitz des Legats sich verschaffen kann, so fragt es sich hauptsächlich um den eigentlichen Begriff von dies certus und incertus?

2) Kann der Legatar die ihm bedingt vermachte Sache, wenn sie der Erbe pendente conditione veräußert hat, auch vom Dritten durch eine Klage herausfordern, wenn in der Folge die Bedingung in Erfüllung geht?

---

*) S. auch S. 614. Kap. III. § 4. am Ende: Zeitbestimmungen.

**) Vergl. Bd. I. S. 358 ꝛc.

***) Der Antritt des Erben stellt zwar der Forderung des Vermächtnisses eine Verzögerung entgegen, nicht aber dem Verfalltage desselben; l. 7. pr. § 1—4. D. 36. 2.

3) Ist die Bedingung, welche einem Legat dahin beigefügt ist, wenn der Legatar heirathen werde, schon durch die Schließung der Ehe für erfüllt zu achten, wenn auch die Beschreitung des Ehebetts nicht erfolgt ist?
4) Da besonders in der deutschen Sprache conditio und modus oft verwechselt wird, so fragt es sich, woran bei Legaten vorzüglich zu erkennen ist, was von beiden eigentlich im Sinne des Testators anzunehmen sey. Z. B. A. verordnet: mein Erbe soll den beiden jüngsten Kindern des B. 5000 Thlr. verabfolgen, mit der Bedingung jedoch, daß sie meinen Namen zu dem ihrigen nehmen und führen. Ist dies als wirkliche Bedingung zu betrachten?
5) Wann kann der Legatar das Vermächtniß fordern, wenn der Zeitpunkt der Entrichtung in die Willkühr des Erben gestellt ist?
6) Können die Erben des Legatars das Vermächtniß fordern, wenn es diesem auf den Zeitpunkt seines Todes ausgesetzt ist?
7) An welchem Ort ist das Legat zu entrichten?
8) Ist ein Vermächtniß, welches dem Legatar auf den Todesfall eines instituirten Miterben hinterlassen ist, immer als bedingt anzusehen, und was hat es für eine Wirkung, wenn dieser Miterbe vor dem Testator stirbt?

Zu 1) Die Terminologie von dies certus und incertus, mit der weiteren Abstufung von an oder quando, oder incertus an et quando, woran der Unterschied zwischen einem bedingten und unbedingten Legat, nicht ohne mancherlei Abweichungen der Rechtslehrer, geknüpft zu werden pflegt, hat diese Lehre mehr verdunkelt als aufgeklärt.*) Die Zeit ist ja bloße Form der Anschauung, der Begriff von gewiß und ungewiß kann sich aber nur auf wirkliche Thatsachen und Lebenserscheinungen fixiren. Die Zeitbestimmung kann daher nur dadurch gewiß oder ungewiß werden, daß sie an eine Begebenheit geknüpft wird, welche entweder nothwendig kommen muß, oder von ungewissem Zufall abhängt. Wo nun eine solche Zufälligkeit waltend ist über das vom Testator Gewollte, da ist eine Bedingung gegeben. Wo hingegen blos die Zeit des Empfangs für den Legatar in die Zukunft hinausgerückt ist, z. B. er soll nach Ableben des Erben 1000 Thlr. erhalten, da ist das Legat unbedingt, und der Legatar transmittirt es auf seine Relicten, wenn er auch

*) Vergl. oben S. 680. Kap. III. § 7. von Substitutionen zur Fr. 5 a.

vor dem damit onerirten Erben stirbt. Denn wenn gleich jede Bedingung (im eigentlichen Sinn) etwas Zukünftiges involvirt, so involvirt doch nicht jedes Zukünftige eine Bedingung. — Ist daher die Legatbestimmung rein an eine Zeit geknüpft, so ist sie unbedingt; ist sie an eine dieser Zeit angehörende Begebenheit geknüpft, nämlich, daß der Legatar den gesetzten Zeitpunkt erleben werde, so ist das Legat bedingt; l. 4. pr. D. 36. 2. — l. 49. § 2 u. 3. D. de leg. I. — l. 79. § 1. D. 35. 1. Die Entscheidung hierüber ist aber blos Gegenstand der Interpretation. Am deutlichsten ist dieser Unterschied ausgedrückt in l. 5. C. 6. 53. u. l. 22. D. 36. 2. Unvollkommenheit der Sprache läßt freilich öfter Zweifel übrig, ob der Wille des Testators nur auf die Zeit (nämlich auf das Fälligwerden des Legats zu dieser Zeit) oder auf die ungewisse Begebenheit, welche in diese Zeit fallen soll, geheftet ist; daher hiebei auch zuweilen der verständigen Beurtheilung oder der Erforschung des muthmaßlichen Willens des Testators Raum gegeben werden muß; l. 46. D. 36. 1., Gottschalk Disc. for. T. III. pag. 45. Ein Zeitpunkt kann auch vom Testator wohl nur durch eine Begebenheit bezeichnet seyn, z. B. nach Ableben meines Erben; ob aber hier immer nur die Zeit, wann das absolut Gewollte geschehen soll (mithin ein unbedingtes Legat), oder die Begebenheit (ein bedingtes Legat) als das Wesentliche anzunehmen sey? darüber können leicht Zweifel erwachsen. Das wenn und wann, si und quando, werden oft verwechselt. In der Regel aber entscheiden die Gesetze da, wo der Wille des Testators ausdrücklich an eine Begebenheit geknüpft ist, für ein bedingtes Legat; l. 4. pr. D. 36. 2. — l. 79. D. 35. 1. — Gottschalk l. c. pag. 42., Leyser Vol. VI. Sp. 404. Med. 9., Geiger u. Glück merkw. Rechtsfälle Bd. I. no. VIII. So wird in Böhmer auserlesenen Rechtsfällen Bd. I. no. 11. entschieden: legatum in casum mortis tertii relictum extinguitur, si legatarius ante illum mortuus sit. Es muß daher, um ein unbedingtes und daher sogleich transmissibles Legat annehmen zu können, entweder aus den Worten*) oder aus der präsumtiven Absicht des Testators hervorgehen, daß er blos die Zahlungszeit des Legats verschieben wollte, z. B. um dem Onerirten noch den lebenslänglichen Genuß des legirten Capitals zu belassen; s. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. S. 34., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 230.

---

*) Z. B. s. l. 5. C. 6. 52. ex his verbis: do lego Aeliae filiae meae decem, quae legata accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit, non conditio, sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videtur, et ideo si Aelia vita functa est, ad heredem suum actionem transmisit.

Eben so finden wir uns in der Lehre von Bedingungen auf vernünftige Interpretation öfter verwiesen, z. B. eine Disposition kann bedingter Natur seyn, wenn gleich die Bedingung nicht ausgedrückt ist; nach l. 71. D. 35. 1. u. Nov. 123. c. 37. gilt das legatum dotis als conditionale *) — si nuptiae sequantur — wenn ein Fremder es verordnet hat, als purum hingegen, wenn es der Vater hinterlassen hat; und umgewandt macht eine bedingt scheinende Fassung doch das Legat nicht immer zum bedingten, wie wir aus l. 7. § 5. D. 36. 2. sehen. Hier hatte der Testator dem Pupillarsubstituten ein Legat mit folgenden Worten auferlegt: si intra pubertatem filius decesserit, Sejo centum dato. Nun starb Sejus schon während der Unmündigkeit des Sohnes vor diesem und bevor der Pupillarsubstitut zur Succession kam, und nun fragte es sich, ob Sejus das Legat dennoch erworben hatte, und auf seine Erben transmittiren konnte? War das Legat als pure relictum zu betrachten, so war die Bejahung zweifelsfrei, denn das dem Pupillarsubstituten im väterlichen Testament aufgegebene Legat fällt dem Legatar schon mit dem Tod des Substituirenden an; der Legatar erhält schon in diesem Augenblick ein jus quaesitum, wenn er es gleich erst dann realisiren kann, wenn der Substituirte wirklich zur Perception kommt; s. l. 1. D. 36. 2. — l. 7. § 4. D. eod. Allein waren nicht die Worte: si intra pubertatem filius decesserit für eine Bedingung anzusehen, welche dem Sejus den Erwerb des Legats nur dann möglich machte, wenn er den Pupillen überlebte? Darauf wird geantwortet: quod non, denn es war nicht anzunehmen, daß der Testirer das, was sich stillschweigend schon verstanden hatte, und bei jeder Pupillarsubstitution auf einer nothwendigen Voraussetzung beruht, zu einer eigentlichen Bedingung habe machen wollen, quasi ea conditio sit expressa, quae tacite inerat; Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 894. S. 292. not. 7. Zur Erläuterung des Ganzen mögen folgende Beispiele dienen: Der Testator sagte:

> „dem A. vermache ich 1000 Thlr., jedoch soll er sie nicht eher haben, bis er geheirathet und wenigstens ein Kind erzeugt haben wird."

Hier ist das Legat an ein Ereigniß, an einen Erfolg geknüpft, welches überall in den Gesetzen als eine Bedingung angesehen wird; l. 10. pr. l. 15. l. 25. l. 76. D. 35. 1. — l. 77. D. 36. 1. — l. 1. l. 4.

---

*) v. Ende jurist. Ausführungen S. 290. erkennt dies, obgleich er selbst eine solche Bestimmung nur für einen modus ansieht, doch als die Meinung der meisten neueren Rechtsgelehrten an.

C. 6. 46. — l. 4. C. 6. 53. — Boehmer Cons. et Dec. T. II. P. 2. R. 796., v. Ende vermischte Ausführungen Bd. II. no. 14.

Ferner:

„meiner Frau vermache ich 4000 Thlr., jedoch soll nach dem Ableben derselben ¼ dieser Summe an die Tochter meiner ältesten Schwester fallen."

Ueberlebt nun die Letztere nicht die Ehefrau, so kann auch nichts gefordert werden. Wenn ein Vermächtniß auf den Todesfall des Onerirten hinterlassen ist, so wird es als ein bedingtes angesehen; l. 75. D. 35. 1. — l. 22. D. 36. 2. — Strippelmann Entscheid. Bd. I. no. 32. Dagegen ist es kein bedingtes Legat, wenn der Testator sagte:

„mein Erbe soll meiner verstorbenen Schwester Tochter bei deren erfolgter Majorennität 500 Thlr. ausrichten, und immittelst bis dahin jährlich mit 20 Thlr. verzinsen."

Denn Zinsen setzen eine Hauptforderung voraus; kann also der Legatar die Verzinsung des Vermächtnisses seit dem Tod des Erblassers verlangen, so muß auch sein Recht auf das Vermächtniß selbst mit dem Tod des Erblassers eingetreten seyn; l. 26. § 1. D. 36. 2., Günther rechtl. Bemerk. Bd. I. S. 4., Averanii Interpr. jur. Lib. II. c. 16. no. 13. pag. 505. Wenn es in einem gegenseitigen Testament der Eheleute heißt: C. soll 1000 Thlr. haben, welche ihm nach unserem beiderseitigen Absterben binnen ½ Jahre auszuzahlen sind, so genügt es, wenn C. nur den einen Ehegatten überlebt hat; s. Siebenkees von Testamenten § 251., Dorn Diss. de aeris alieni inter conjuges commun. § 10.

Zu 2) Daß dem Legatar außer der act. personalis auch eine act. in rem zustehe, ist unzweifelhaft; l. 1. C. 6. 43. Im unterstellten Fall scheint zwar entgegenzustehen, daß ein solcher Legatar, so lange die Bedingung schwebt, noch nicht Eigenthümer der legirten Sache wird, nam res sub conditione legata pendente conditione pleno jure heredis est, l. 29. § 1. D. 42. 19.; dieses Bedenken hebt sich aber dadurch, daß das Eigenthum des Erben ein widerrufliches ist, und sofort ex tunc aufhört, wenn die Bedingung mit ihrer retroactiven Wirkung existent wird; l. 66. D. 6. 1. — l. 82. pr. D. de legat. I., Glück P. E. Bd. XX. S. 231.

Zu 3) Hierüber entscheidet l. 15. D. 35. 1. videtur impleta conditio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit. Nuptias enim non concubitus, sed consensus facit.

Zu 4) Wenn man sich nach Thibaut System § 102 u. 957. (Ed. 8.) unter modus blos eine Zweckbestimmung, oder nach Mackeldey Lehrb. § 161 a. eine Norm der Verwendung zu denken hätte, so würde

man im unterstellten Fall wohl keinen modus denken können. Richtiger aber wird man mit Pfeiffer praktische Ausführungen Bd. I. S. 24. zwischen einem modificirten und einem bedingten Legat, ohne Rücksicht auf schwankende Ausdrücke des Testators, in der Art unterscheiden, daß bei jenem die Liberalität desselben durch eine dem Legatar gemachte Auflage beschränkt ist, indem er vom Legatar irgend eine Gegenleistung für das ihm verschaffte Legat fordert, dagegen durch eine Bedingung die ganze Liberalität von dem Eintritt eines gewissen Ereignisses, mag dieses auf äußeren Umständen oder auf dem Willen des Legatars selbst beruhen, abhängig gemacht wird, mithin modus und conditio potestativa darin zwar übereinkommen, daß eine Handlung des Legatars den Gegenstand der Nebenbestimmung ausmacht, darin aber von einander abweichen, daß durch den modus der Legatar zu dieser Handlung verpflichtet, bei der Bedingung aber diese Handlung als etwas noch Ungewisses vorausgesetzt wird; denn die Bedingung legt nie eine Verbindlichkeit auf, non potest agi, ut conditio impleatur, l. 41. pr. D. 18. 1. — Das entscheidende Criterium ist demnach immer der ausgedrückte Wille des Testirers, daß der Legatar eine gewisse Handlung vornehme, und die hieraus entstehende Verpflichtung des Legatars zu derselben, dagegen bei Bedingungen das bedingende Ereigniß stets als etwas Geschehenes vorausgesetzt wird, daher im gesetzlichen Ausdruck stets das Praeteritum: fuerit, dederit, nupserit gebraucht wird; s. Hugo Lehrb. d. röm. Rechts § 60., Hofacker Princ. jur. civ. T. I. § 197. Nach diesen Grundsätzen wurde vom Oberappellationsgericht in Cassel im unterstellten Fall für einen modus entschieden; s. Pfeiffer l. c.

Zu 5) Erst wenn der Onerirte stirbt, kann man annehmen, dies cedit et venit; l. 11. § 6. l. 41. § 13. D. de legat. III., Schweppe l. c. Bd. V. S. 293.

Zu 6) Allerdings; es wird nämlich angenommen, daß der Testator das Wohl der Erben des Legatars beabsichtet habe; l. 79. D. 35. 1. — l. 4. D. 36. 2., Hommel Rhaps. Vol. III. Obs. 442. Ein solches Legat kann auch nicht als bedingt angesehen werden, denn dieser Tag kommt nothwendig, und tempus mortis adnumeratur vitae; l. 18. § 1. D. 40. 4.

Zu 7) Zunächst an dem vom Testator ausdrücklich oder muthmaßlich beabsichteten Ort, l. 47. pr. D. de leg. I.; außerdem, wenn das Legat in einer bestimmten species besteht, da, wo sie liegt, l. 38. l. 52. § 3. D. 5. 1. — es wäre denn ein beträchtlicher Theil der Erbschaftsstücke legirt, dann sind sie da, wo die Erbschaft oder doch der größere Theil derselben befindlich ist, auszuliefern; l. 50. pr. l. 52. § 3. D. 5. 1., Schweppe l. c. Bd. V. § 899.

Zu 8) Der Sterbetag des Erben ist zwar für den Legatar eine ungewisse Zeit, und daher als Bedingung für ihn in so fern anzusehen, als er den Todestag des Erben erleben muß, l. 1. § 2. l. 79. § 2. D. 35. 1. — l. 4. pr. l. 13. D. 36. 2. — Ulpian. Fragm. 24. § 30. — l. 12. § 1. D. 31. — l. un. § 7. C. 6. 51.; in Ansehung des Erben selbst aber, dessen Sterbetag dem Vermächtniß beigefügt worden ist, ist dieser nie eine ungewisse Zeit, l. 79. § 1. D. 35. 1. — l. 12. § 1. D. de leg. II. — l. 4. pr. D. 36. 2., mithin auch nicht als Bedingung zu behandeln. Z. B. A. verordnete: „mein Landgut soll meiner Ehefrau, so lange sie im Wittwenstand verbleibt, zum lebenslänglichen Genuß verbleiben, nach deren Tod aber will ich es meinen Stiefkindern hiemit vermacht haben." Nun stirbt die Frau und bald nach ihr der Testator. Die Erben des Letzteren verweigern jetzt das Legat aus dem Grund, daß es als durch das Vorabsterben des Testators bedingt anzusehen und bei nicht eingetretener Bedingung hinwegfallend sey. Allein es war doch im Testament nicht gesagt, daß die Stiefkinder das Vermächtniß nur auf den Fall erhalten sollten, wenn seine Frau den Testator überleben würde. Conditiones non ex testamento venientes, sed quae tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia; l. 99. D. 35. 1. Die Erben des Testators mußten daher zur Entrichtung des Vermächtnisses verurtheilt werden; s. Geiger und Glück merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 24.

---

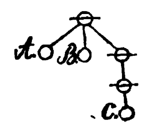
§ 3. Von Codicillen.*)

Inst. II. 25. de codicillis. Dig. XXIX. 7. de jure codicill. Cod. VI. 36. de codicillis.

1) Ein Codicill, zu dessen Errichtung die Testirfähigkeit nicht minder, wie zu einem Testament vorausgesetzt wird, s. Voet Comm. ad Pand. Lib. 29. tit. 7. no. 2., setzt nothwendig voraus, daß ein Erbe vorhanden sey, an welchen es gerichtet seyn kann, entweder vermöge eines Testaments oder ab intestato. Wenn nun der vom Codicillanten bezeichnete Intestaterbe, welchem darin ein Vermächtniß auferlegt ist, vor dem Erblasser

*) Ueber Codicille der Blinden und Taubstummen s. oben S. 579. Kap. III. § 1. Nr. 4 u. 5.

stirbt, ist dann derjenige, welcher nun durch Proximität Intestaterbe wird, auch verbunden, das Legat zu entrichten? z. B.



A. legt in einem Codicill seinem Bruder B. als seinem Intestaterben ein Vermächtniß auf, B. stirbt aber vor ihm, ist nun C. zu dessen Entrichtung verbunden?

2) Gelten die durch ein Testament bestätigten Codicille auch ohne Zuziehung von Zeugen?
3) Müssen die Zeugen rogirt werden? — ist auch deren und des Codicillanten Unterschrift nöthig?
4) Sind auch Frauenspersonen als gültige Zeugen zu betrachten?
5) Auch selbst Legatare?
6) Ist die Beifügung des Datums zur Unterschrift der Zeugen unnöthig?
7) Wenn im Testament ein Vormund bereits ernannt ist und in einem späteren Codicill ein Anderer, gilt dieser als Mitvormund, oder ist die erste Vormundsernennung als aufgehoben zu erachten?
8) Verliert derjenige, welcher das Codicill impugnirt, auch die ihm im Testament verschafften Vortheile?
9) Wenn bei einem Intestat-Codicill der Testator nur an Einen Intestaterben gedacht, daher auch nur diesen onerirt hat, nachher aber deren Mehrere geworden sind, bleibt nun auf jenem allein das Legat haftend?
10) Wie verhält sich ein testamentarisches Codicill zu einem später errichteten Testament?
11) Ist der Inhalt eines Codicills nach dem Zeitpunkt seiner Errichtung oder der Errichtung des Testaments zu beurtheilen? desgleichen die Fähigkeit, etwas aus dem Codicill zu erlangen?
12) Zu welcher Zeit muß der Codicillant testamentifactio gehabt haben?
13) Werden nachträgliche Verordnungen eines Testators, wenn er ihre Gültigkeit von selbst bestimmten Formalitäten abhängig gemacht hat, auch dann ungültig, wenn sie nach den Gesetzen auch ohne solche gälten?

Zu 1) Allerdings, indem bei einem Intestat-Codicill die Eigenschaft als Intestaterbe allein als das Wesentliche zu betrachten ist; s. Höpfner Instit. Comm. § 623. Nec interest, qui succedit, dum succedit. Dagegen ist bei einem testamentarischen Codicill das Legat ungültig, wenn ein bereits Verstorbener mit demselben im Codicill onerirt wurde, gesetzt auch, daß er zur Zeit der Testamentserrichtung gelebt hatte, aber ohne daß der Testirer es wußte, zur Zeit des errichteten Codicills schon todt war; l. 14. pr. D. 29. 7., Fein in d. Forts. v. Glück Commentar Bd. XLIV. S. 263., vgl. auch S. 149. Ein Intestat-Codicill verwandelt sich übrigens in ein testamentarisches, wenn später ein Testament errichtet worden ist. Dabei gilt es gleich, das Testament mag dem Codicill vorangegangen oder nachgefolgt seyn; l. 16. D. 29. 4.

Zu 2) In der Praxis ist wohl ohne Zweifel, wie Höpfner l. c. § 626. bemerkt, und von v. Vangerow Pand. Bd. II. § 526. III. S. 452. (obgleich er aus doctrinellem Standpunkt das Gegentheil behauptet) gleichfalls anerkennt, die besonders durch mehrere ältere Autoritäten, s. Boehmer Exerc. ad Pand. T. V. pag. 132., Donell. Comm. jur. civ. Lib. VII. cap. 17., Stryck de cautel. testam. Cap. II. § 12., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 336. (Ed. 3.), Cramer Obs. jur. univ. T. III. pag. 443., Hellfeld Jurispr. for. § 1513., unter den Neuern aber auch von Hugo, Lehrb. d. R. R. S. 213. (Ed. 7.), Puchta Lehrb. d. civilist. Cursus § 517., Pütter auserl. Rechtsfälle Bd. IV. no. 391., Claproth von Testamenten u. Codicillen § 71., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1570., Lehr Erörter. der Frage, ob bei den in einem Testament bestätigten Codicillen Zeugen nöthig seyen? bezüglich l. 2. § 2. l. 14. pr. D. 29. 7. — l. 3. D. 26. 2. — l. 77. D. 28. 5. — l. 38. D. 35. 1. — § 3. J. 2. 25. unterstützte Meinung, daß in diesem Fall die Zuziehung von Zeugen nicht nöthig sey, herrschend geworden, indessen erkennen nicht nur schon einige ältere, wie Pistor, Lauterbach, Berger, Carpzov, Westphal, Harprecht*) und Dunius D. de vetere ac novo jure codicillorum pag. 184., sondern auch viele neuere Rechtslehrer**) vermöge der l. 8. § 3. C. 6. 36. und der von Hänel aufgefundenen

*) welcher jedoch ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht gegen sich zu haben einräumt; s. Cons. V. 1. cons. 5. no. 64.

**) besonders v. Pufendorf in dessen von Ludwig Schmidt herausgegebenen Observationen. Celle 1841. Obs. 12., wo die Ungleichförmigkeit der Praxis gezeigt, und die gesetzliche Nothwendigkeit der Zuziehung von 5 Zeugen umfänglich dargethan wird; v. Reiche in Gans Zeitschr. f. Civil- und Criminalrechtspflege im Königreich Hannover Bd. I. S. 401.

Schlußworte der l. 7. Cod. Th. de testam. et codicillis IV. 4. (s. die Ausgabe des Cod. Theod. von Hänel und Haubold Opusc. T. II. praef. p. 151.), die Zuziehung von 5 Zeugen, wie auch deren Rogation, Einheit der Handlung, Unterschrift des Testators und der Zeugen, wenn gleich nicht deren Besiegelung bei allen Codicillen ohne Unterschied als unerläßliches Erforderniß an; s. Roßhirt Lehre v. d. Vermächtnissen Bd. II. S. 22—32., Danz in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 219., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 800., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 448. (53.), Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 702., Mühlenbruch Doctr. Pand. T. III. § 685. not. 13., v. Vangerow l. c., Thibaut System § 934. (Ed. 8.), Fein in Glück P. C. Bd. XLIV. S. 300. § 1512a., Sintenis Civilr. Bd. III. S. 704. not. 3. Auch mehrere Präjudicien sprechen für den Satz, daß nach l. 8. § 3. C. 6. 36. auch die im Testament im Voraus bestätigten Codicille zu ihrer Gültigkeit 5 Zeugen erfordern, namentlich Erkenntnisse der O. A. G. in Jena, s. Müller Zeitschr. f. Gesetzg. Bd. I. H. 1. S. 47., in Rostock, s. v. Nettelbladt Rechtssprüche Bd. IV. S. 85., in Celle, s. Emminghaus Corp. jur. Germ. S. 935. no. VII. der 2ten Aufl., Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 291.

Zu 3) Indem es in l. 8. § 3. C. 6. 36. heißt: testes vel rogati vel qui fortuito venerint, ist damit nicht ausgeschlossen, daß auch die fortuito venientes um ihre Mitwirkung zu dem Geschäft ersucht werden müssen; vergl. l. 21. § 2. D. 28. 1., Roßhirt l. c. S. 30., Danz l. c. S. 232., Schweppe l. c., Höpfner Instit. Comm. § 626. Daß die Unterschrift der Zeugen nothwendig sey, wird nirgends bezweifelt, und man wird auch, wie Danz l. c. S. 240. bemerkt, eben so wie bei Testamenten, l. 30. D. 28. 1., es für erforderlich erachten müssen, daß die Subnotation der Zeugen die geschehene Rogation, so wie von wem und was bezeugt werde, ausdrücke, denn Glück's Annahme im P. C. Bd. XXXIV. S. 290., daß aus der Unterschrift der Zeugen deren Rogation vermuthet werden müsse, s. auch Pufendorf Obs. jur. univ. T. II. Obs. 144., scheint wenigstens die gemeine Meinung gegen sich zu haben; s. die bei Glück l. c. not. 74. angeführten Autoren und Danz l. c. Streitiger ist es, ob auch die Unterschrift des Codicillanten nöthig sey?

Roßhirt l. c. S. 28., Thibaut System § 934., Braun Dictaten dazu § 783., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 890. not. 6. halten dieselbe nicht für nöthig, allein da die l. 6. § 1 u. 2. D. 29. 7., worauf sich diese Meinung vorzüglich gründet, älteres Recht enthält, und daraus, daß in der l. 8. § 3. C. 6. 36., wo überhaupt nur von der

Adhibition von 5 Zeugen die Rede ist, auch nur die Unterschrift dieser Zeugen für nothwendig erklärt wird, noch nicht mit Sicherheit zu folgern ist, daß sonst keine Formvorschrift zu beobachten sey, so ist es sicherer, der Ansicht zu folgen, daß bei Codicillen dasselbe gelte, wie bei Testamenten, nämlich: wenn das Codicill eigenhändig vom Codicillanten geschrieben und darin erklärt ist, daß er es ganz eigenhändig geschrieben habe, so bedarf es seiner Unterschrift nicht, außerdem aber ist diese nicht minder als jene der Zeugen nöthig; s. Marezoll in Grolmann und v. Löhr Magazin Bd. IV. S. 152., Mühlenbruch Doctr. Pand. T. III. § 685. not. 8., v. Wening-Ingenheim Lehrbuch Bd. III. § 448. (53.), Mackeldey Lehrb. § 709. not. g., Sintenis l. c.

Zu 4) Die bejahende Meinung vertheidigt Jenichen in Supplementis ad Leyseri Med. Vol. XI. pag. 75., so auch Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. IV. et III. not. 2., wenn er sagt: testamentum, quo mulieres testes adhibentur, per clausulam codicillarem sustineri in vim fideicommissi. Leyser Sp. 378. Corr. 1., Müller ad Leyser Obs. 590., Westphal von Vermächtnissen § 1916., Voet Comm. ad Pand. Lib. 29. tit. 7. no. 1.

Ohne Zweifel ist aber mehr Grund dafür, die Codicillarzeugen eben so wie die Testamentszeugen als Solennitätszeugen ad ordinanda negotia anzusehen, womit auch die Nothwendigkeit der Rogation zusammenhängt; Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 338. (Ed. 3.), Roßhirt und Danz l. c., Höpfner Instit. Comm. § 626.

Zu 5) Der Schluß, auf welchen sich die verneinende Meinung gründet, s. Höpfner Instit. Comm. § 626., Müller ad Leyser Obs. 558., Walch Introd. in controv. jur. civ. pag. 340., da im Testament der Erbe nicht als Zeuge gelte, so könne auch der Legatar nicht Zeuge beim Codicill seyn, ist gewiß nicht bindend, denn ein Grund, welcher den Erben von der Zeugschaft im Testament ausschließt, nämlich seine unitas personae mit dem Testirer, s. § 10. u. 17. J. 2. 10., trifft beim Legatar nicht zu, und mit dem Legatar hat der Testator nicht wie mit dem Erben testamenti factio, der Legatar steht zum Erben ganz im Verhältniß einer dritten Person. Am natürlichsten scheint es wohl, den Legatar als Zeugen gelten zu lassen, so weit er nicht zu seinem eigenen Vortheil zeugt; s. Thibaut System § 934. (Ed. 8.), Braun Dictaten zu § 783., aber die meisten Rechtslehrer schreiben dem Legatar uneingeschränkt die Eigenschaft eines gültigen Zeugen zu. Diese Meinung hat zwar in dem dafür gewöhnlich angeführten § 11. J. 2. 10. kaum eine haltbare Stütze, denn da ist blos gesagt, daß bei

Testamenten die Legatare gültige Zeugen seyen, mehr aber noch in l. 22. C. 6. 23. und das Bedenken, daß desfalls Zeugschaft in eigener Sache geleistet würde, wird durch die Bemerkung beseitigt, daß der Zeuge hier nicht Beweiszeuge, sondern Solennitätszeuge sey, denn sonst könnte er ja auch als Testamentszeuge nicht gelten, wo er doch in § 11. J. 2. 20. ganz zweifellos als Zeuge gilt, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 301.

Zu 6) In den Blättern für Rechtsanwendung von Seuffert und Glück Bd. III. S. 140. wird der Mangel des Datums für unnachtheilig erklärt, wenn sonst kein Bedenken gegen die unitas actus obwalte. Dies wird aber nur in so weit zuzugeben seyn, als diejenigen, welche aus einem solchen Codicill etwas erwerben wollen, auf andere Weise beweisen können, daß die Einheit der Handlung beobachtet worden sey. Denn daß die 5 Zeugen uno eodemque tempore gegenwärtig seyn müssen, ist, selbst abgesehen von den Schlußworten der l. 7. C. Th. IV. 4., nach l. 8. § 9. l. 28. C. 6. 36. undisputirlich, es ist aber nicht erkennbar, wenn nicht die sämmtlichen Zeugen unter demselben Datum unterschrieben haben, und es zu präsumiren wäre eben so bedenklich, als vorhin zu Fr. 3. in Ansehung der rogatio testium.

Zu 7) In l. 10. § 1. D. 26. 2. heißt es zwar: in tutelis testamentariis id sequimur, quod novissimum est: et si saepius tutor datus sit, novissimam scripturam intuemur, doch wird, im Fall der Vater blos in einem Codicill einen andern Vormund ernannt hat, eine Aufhebung der ersten Ernennung nicht vermuthet, und daher beiden die Vormundschaft übertragen, wenn nicht irgend ein Bestimmungsgrund des Testators erhellt, welcher die Entscheidung leiten kann; l. 34. D. 26. 2. l. 2. C. 5. 28., Glück P. C. Bd. XXIX. S. 218.

Zu 8) Wenn gleich das testamentarische Codicill wegen seiner accessorischen Natur mit dem Testament steht und fällt, so ist es doch auch möglich, daß das Codicill aus besonderen Gründen, welche die Gültigkeit des Testaments gar nicht berühren, hinfällig werden könne, und in diesem Fall kann der Angreifende nicht die im Testament, sondern nur die im Codicill ihm zugedachten Zuwendungen verlieren; s. Fein in Glück P. C. Bd. XLIV. S. 149.

Zu 9) l. 11. 12. 13. pr. D. 29. 7. entscheidet bejahend, denn die Andern sind nun einmal nicht onerirt, und da sie aus eigenem Recht vi legis erben, so kann ihnen nichts angemuthet werden; doch kann der allein Onerirte sich der Billigkeit gemäß mit der exc. doli gegen die Fideicommissare schützen, welche mehr als diejenige Quote der Vermächtnisse von ihm fordern würden, für welche ihm die Erbschaft

geblieben ist; vergl. not. 308. zu l. 12. cit. in der deutsch. Uebers. des Corp. jur., Witte im Rechtslex. Bd. II. S. 675.

Zu 10) Wird nach Anfertigung des testamentarischen Codicills ein Testament errichtet, durch welches Erben neu gerufen werden, so fällt das confirmirte Codicill als Theil des durch das neue Testament rumpirten früheren Testaments in Nichts. Aber auch das nicht confirmirte Codicill an den Testamentserben oder auch an den Intestaterben verliert seine Kraft, weil der in ihm Angeredete nun nicht mehr Erbe ist. Auch macht es darin keinen Unterschied, wenn der im rumpirten Testament berufen gewesene auch in dem rumpirenden Testament eingesetzt, oder wenn der im Codicill angeredete Intestaterbe auch in dem nachfolgenden Testament zum Erben eingesetzt ist, denn er ist doch immer nicht in der Qualität Erbe, in der das Codicill zu ihm redete. Dagegen wird zwischen dem Codicill ad testamentum und dem ab intestato der Unterschied angenommen werden müssen, daß, während das erstere unwirksam bleibt, wenn auch das rumpirende Testament später durch Nichtantretung aller berufenen Erben destitutum, oder wenn es selber wieder rumpirt wird, das letztere aufrecht zu erhalten ist, so oft das der Intestatsuccession entgegengetretene Testament aus irgend einem Grunde nicht realisirt wird; s. Witte l. c.

Ueber das Verhältniß der ohne vorausgehendes Testament errichteten Codicille zu einem späteren Testament haben zwei Gesetzstellen, l. 5. D. 29. 7. und § 1. J. 2. 25. zu sehr verschiedener Auffassung geführt. Die eine Meinung geht dahin, daß wenigstens irgend eine in oder außer dem Testament geschehene Willensäußerung des Erblassers erforderlich sey, um das ältere Codicill neben dem jüngeren Testamente als fortbestehend zu betrachten; Andere statuiren die Fortdauer des ersteren immer als sich von selbst verstehend, sobald keine entgegengesetzte Erklärung des Erblassers beigebracht werden kann. Diese Ansicht ist von Fein in Glück P. C. Bd. XLIV. S. 168. so vollständig ausgeführt, daß Sintenis pr. Civilr. Bd. III. S. 705. not. 7. sie zur völligen Ueberzeugung begründet erachtet.

Zu 11) Alles rein Factische in codicillarischen Verfügungen ist nicht nach der Zeit des errichteten Testaments, sondern des errichteten Codicills zu beurtheilen. Sagt z. B. der Codicillant: „die Bücher, die ich besitze," so sind diejenigen zu verstehen, die er gegenwärtig besitzt, nicht diejenigen, welche er bei Errichtung des confirmirenden Testaments besaß; l. 7. § 1. D. 29. 7., Witte l. c., Fein l. c.

Auch die Fähigkeit, etwas aus dem Codicill zu erlangen, richtet sich hiernach, z. B. wenn gleich der Honorirte zur Zeit des Testaments

gelebt hat, so ist doch, wenn er zur Zeit des Codicills schon todt war, das ihm darin bestimmte Legat pro non scripto zu achten. Eben so, wenn der Onerirte in der Zwischenzeit gestorben ist, quia heres, ad quem testator sermonem conferat, in rebus humanis non est; l. 2. pr. § 1. l. 6. § 4. l. 14. D. 29. 7., Fein l. c. S. 261.

Zu 12) Testamentifactio muß der Codicillant sowohl bei Errichtung des Testaments als des Codicills gehabt haben. Hat er sie indessen zur Zeit des Codicills zwar verloren, aber später wieder erlangt, so soll auch das Codicill wieder zu Kräften kommen; l. 2. § 3. l. 6. § 3. l. 8. § 2. 3. l. 9. D. 29. 7. — l. 12. § 5. D. 49. 15.

Zu 13) Allerdings, denn der Testator wollte damit verhüten, daß nicht eine bei ihm noch nicht zur vollen Reife gediehene Idee für eine vollendete Willensbestimmung angesehen werden könne; s. Erk. d. O. A. Ger. in Dresden zu Seuffert Archiv Bd. VI. S. 69.

---

§ 4. Codicillar-Clausel.

1) Kann ein Testament, welches zwar nicht die zu einem solchen nothwendigen Eigenschaften, aber doch so viele hat, als ein Codicill bedarf, von selbst in dieser letzteren Qualität aufrecht erhalten werden, wenn auch der Testator sich nicht ausdrücklich der Codicillarclausel bedient, nämlich nicht wörtlich erklärt hat, daß dasselbe auf jede mögliche Weise gelten solle? oder wenn die wirkliche Beifügung nur ein Werk des Notars war, von welchem der Testator nichts wußte?
2) Kann ein pflichtwidriges, oder auch wegen unförmlicher Uebergehung eines Notherben ungültiges, oder ein durch agnatio postumi rumpirtes Testament durch die Codicillarclausel aufrecht erhalten werden?
3) Auch ein testamentum destitutum?
4) Wer sich aus einem mit der Codicillarclausel versehenen Testamente Rechte zuschreibt, muß sich nach l. 8. pr. C. 6. 36. erklären, ob er es als Testament oder als Codicill anerkannt wissen will, und hat er die Wahl getroffen, so kann er, wenn er nicht zu gewissen, dem Erblasser nahe verbundenen Personen*) gehört, dieselbe nicht mehr ändern. Es

*) Solche sind unter den Agnaten die Ascendenten und Descendenten bis zum 4ten Grad, und die Cognaten bis zum 3ten Grad einschließlich; l. 8.

fragt sich indessen, ob diese Bestimmungen der römischen Gesetze auch h. z. T. noch Anwendung finden?

5) Wenn ein mit der Codicillarclausel versehenes Testament durch ein späteres rumpirt wird, kann dann, wenn in dem letzteren das erstere nicht ausdrücklich widerrufen ist, das erstere nicht doch noch als Codicill Geltung behaupten?

6) Ist ein früheres Codicill durch ein späteres, wenn dieses nicht einen ausdrücklichen Widerruf enthält, doch als aufgehoben anzusehen?

Zu 1) Obgleich mehrere Rechtsgelehrte die Codicillarclausel in jedem Testament als stillschweigend verstanden wissen wollen; s. Alef de otio claus. codicill. in quovis testamento. (in dieb. academ. no. 23.), Tittel Opusc. de clausula codicill. subintellecta. Jen. 1759., Heisler von der Wirkung der stillschweigenden Codicillarclausel in den jurist. Abhandl. Bd. I., so ist doch diese Meinung von Andern gewiß genugsam widerlegt; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 527. not. 1., Walch Introd. in controvers. jur. civ. pag. 342. (Ed. 3.) und die von beiden angeführten Schriftsteller. Die herrschende Lehre geht daher in Folge vieler übereinstimmender Gesetze, besonders l. 41. § 3. D. 28. 6. — l. 1. l. 13. § 1. D. 29. 7. — l. 8. § 1. C. 6. 36. — l. 11. C. 7. 2. — l. 29. D. 29. 1. dahin, daß nur die ausdrückliche Beifügung von Nutzen seyn könne; wovon außer der Begünstigung der Soldatentestamente in l. 3. D. 29. 1. und der libertas, l. 38. D. 40. 5., nur das testamentum posterius imperfectum, wenn darin früher übergangene Intestaterben eingesetzt sind, eine Ausnahme macht.*) So wesentlich allerdings für ein Codicill das bestimmte Wollen desselben auf Seite des Testators ist, so ist es doch vielleicht zu weit gegangen, wenn Manche es für wirkungslos ansehen, wenn die clausula codicillaris ohne bestimmtes Wissen des Testators vom Notar beigefügt worden ist, denn man darf wohl doch in dem allgemeinen Auftrag eines Testators an einen Sachkundigen die Absicht begründet erachten, seinem Willen auf jede rechtsbeständige Weise Kraft zu geben, Stryck de cautel. testam. Cap. 13. § 18., Walch Intr. in controv. jur. civ. pag. 341. und

---

§ 2. C. 6. 36. — l. 7. C. Th. 4. 4. — Schweppe röm. Privatr. Bd. V. S. 385. not. 4.

*) Wenn auch für testamenta parentum inter liberos hier und da von den Praktikern eine Ausnahme statuirt wird, s. Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. IV. § 6. not. 8. u. § 36. not. 5., Voet Comm. ad Pand. Lib. 29. tit. 7. no. 7., so hat sie wenigstens kein Gesetz für sich.

wenigstens präsumiren, daß der Notar die Clausel mit Wissen und Willen des Testirers beigefügt habe; Voet Comm. ad Pand Lib. 29. tit. 7. no. 7., Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 4. § 36. not. 4.

In dieser in mehrere Streitfragen verwickelten Materie muß genügen, die vorherrschenden Ansichten in folgenden einfachen Sätzen aufzufassen:

a) Nur dann kann die Codicillarclausel nichts helfen, wenn das damit versehene Testament an solchen Mängeln leidet, welche auch das Codicill treffen.

b) Sie wirkt demnach auch im Fall der Verletzung von Notherbrechten und Pflichttheilsrechten, also daß die Notherben den in dem nichtigen Testament eingesetzten Erben die Erbschaft als Universalfideicommiß herauszugeben haben, und davon nur Quart und Pflichttheil abziehen dürfen. So entschied auch nach Francke Notherbenrecht § 33. und gegen Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVII. S. 368. das O. A. Ger. in Cassel, s. Strippelmann Entscheid. Bd. II. S. 338.

c) Sie wirkt nicht, wenn ein Notherbe aus Irrthum übergangen, oder das Testament durch einen postumus rumpirt worden ist, weil dann der präsumtiven Absicht des Testators geradezu entgegengehandelt werden würde; s. Francke l. c. S. 447., Roßhirt Erbrecht S. 50—55., vergl. v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 459., Sintenis prakt. Civilr. Bd. III. S. 709. Auf diesen Fall kann daher die Codicillarclausel nicht bezogen werden.

Zu 3) Der Sinn der Codicillarclausel ist bekanntlich der: wenn gleich der Erblasser sein Werk als Testament prädicirt, so wird vermöge der Clausel angenommen, es liege kein Testament, sondern ein Codicill vor. Im Mangel eines Testaments kann also ein solches Codicill nur ein Intestatcodicill seyn. Daraus folgt von selbst, daß es ganz indifferent ist, wenn das s. g. Testament destitut wird, denn indem es nur an die Intestaterben gerichtet seyn kann, wo ein Testament im juristischen Sinn nicht gegeben ist, ist ja ohnedies an einen Testamentserben nicht zu denken; v. Vangerow l. c. § 527. S. 460., Sintenis l. c. S. 709., Roßhirt Erbr. S. 54.

Zu 4) Manche der schon zur Fr. 1. angeführten Rechtslehrer betrachten die ganze Lehre blos als eine Folge der älteren bestimmten Form des Ausdrucks und der darauf eingeschränkten Wirkung der Testamente, womit die Anwendbarkeit in unseren Gerichten hinwegfalle; J. H. Boehmer Diss. de verbis directis et obliquis § 15., Exerc. ad Pand. I. 116. Auch Voet l. c. Lib. 29. tit. 7. no. 9. fügt der Bemerkung,

daß nach l. 8. pr. C. 6. 36. derjenige, welcher aus einem mit der Codicillarclausel versehenen Testament etwas erwerben will, sich erklären müsse, ob er es als Testament oder als Codicill anerkannt wissen wolle, und nach getroffener Wahl nicht mehr davon abgehen könne, bei: quae tamen apud nos, quibus fere confusa testamentorum et codicillorum jura, non ita videntur usum habere, und Thibaut civil. Abhandl. S. 154. eifert besonders dagegen, daß nach l. 8. cit. selbst ein verzeihlicher Irrthum als Entsagung gelte. Indessen kann man doch nicht in Abrede stellen, daß die wesentliche Verschiedenheit zwischen Testament und Codicill und die Verschiedenheit der Wirkungen, indem im Fall eines Codicills dem Intestaterben die falcidische und trebellianische Quart, und, wenn er Notherbe ist, auch der Pflichttheil gelassen werden muß, noch h. z. T. besteht, es wird daher auch nicht leicht eine damit im Zusammenhang stehende Bestimmung auf die Seite gesetzt werden können;*) s. Höpfner Instit. Comm. § 628. not. ult.

Zu 5) Nur wenige der älteren Rechtslehrer unterstellen der Codicillarclausel auch den Zweck, das damit versehene Testament auch gegen ein späteres wenigstens als Codicill, und somit auch die in jenem enthaltenen Vermächtnisse aufrecht zu erhalten; s. Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. 4. § 22. not. 9., allein die dafür angeführte l. 2. C. 6. 36. sagt etwas ganz Anderes. Insgemein sieht man es vielmehr als natürliche Folge der Aufhebung eines früheren Testaments an, daß sein ganzer Inhalt, folglich auch die Codicillarclausel aufgehoben sey; s. v. Vangerow l. c. § 527. S. 460., Schweppe l. c. Bd. V. § 932. S. 385., Madihn Miscellen Bd. I. no. 31. Durch das spätere Testament wird vielmehr jede frühere codicillarische Disposition hinfällig, wenn auch kein ausdrücklicher Widerruf vorliegt. Wenigstens müßte ein früher begünstigter Legatar auf andere Art beweisen, daß der Testator den Inhalt des Codicills erhalten wissen wollte; Schweppe l. c. § 916. Dagegen kann ein späteres nur durch die Codicillarclausel aufrecht zu haltendes Testament neben einem früheren gültigen Testament bestehen, und hat dann die Wirkung, daß der im ersten eingesetzte Erbe die Erbschaft als hereditas fideicommissaria dem im letzteren eingesetzten Erben zu restituiren hat, eben so wie es der Intestaterbe thun müßte, wenn

*) Als Vorsichtsmaßregel möchte daher dem Kläger zu empfehlen seyn, daß er im Klaglibell nicht ausdrücklich des Testaments erwähne, sondern im Allgemeinen seine Klage auf den Willen des Testirers gründe, denn solchenfalls muß der Richter von selbst diejenige Klage, welche für den Kläger die vortheilhafteste ist, als gestellt annehmen; vergl. Leyser Vol. V. Spec. 308. corr. 2.

kein gültiges Testament vorhanden wäre; § 7. J. 2. 17. — l. 2. D. 23. 3. — l. 27. C. 6. 23., Mackeldey Lehrb. d. h. R. R. § 704., Degener in Linde's Zeitschr. Bd. XVIII. S. 404.

Zu 6) Wenn nicht die Absicht, das frühere Codicill aufzuheben, deutlich erhellt, so kann das spätere Codicill an und für sich diese Wirkung nicht haben; l. 5. D. 29. 7. — l. 3. C. 6. 36. — § 1. J. 2. 25., Puchta Lehrb. d. Pand. § 526. Es soll auch nicht leicht ein Widerspruch unter mehreren Codicillen angenommen werden. So sagt Voet l. c. no. 3. ut tamen contraria voluntas non videatur, si quis priore codicillo fundum Cornelianum Titio, posteriore fundum Cornelianum Maevio legaverit, sed magis censeri debeant in illo fundo re conjuncti esse, eo quod, ubi alia conjectura capi potest, cessat praesumtio ademtionis.

---

§ 5. Vom sogenannten Oralfideicommiß.

l. 32. C. de fideic. VI. 42. — § 12. J. de fideic. hered. II. 23., vergl. l. 21. pr. D. de legat. III. (32.) und l. 13. C. de rebus creditis et jurejurando IV. 1.

1) Wenn der Erblasser seinem Erben ein Universal- oder Singular-Vermächtniß aufgibt, ist es zur verbindenden Kraft seiner Willenserklärung nöthig, daß er sie mündlich an den gegenwärtigen Erben richte?
2) Wenn der Erblasser seine Willenserklärung nur an Einen oder nach l. 2. C. 6. 43. wenigstens in Gegenwart eines seiner mehreren Erben hat ergehen lassen, wird dadurch auch der Andere, oder nur Jener und zwar in solidum oder pro rata hereditaria verpflichtet?
3) Kann der Beweis des an den Erben gerichteten Auftrags auch durch Zeugen geführt werden?
4) Wenn der Erblasser seinen Erben nur im Allgemeinen eine gewisse Person empfohlen hat, z. B. sie sollten eine treu gediente Magd wohl berücksichtigen, kann dies als ein Oralfideicommiß gelten?

Zu 1) Die früher sehr verbreitete Meinung, als sey der mündliche Auftrag an den gegenwärtigen Erben (fideic. heredi praesenti injunctum) wesentlich, um den Erben zur Entrichtung eines auf solche

Art verordneten Fideicommisses oder Legats (denn zwischen beiden ist kein Unterschied zu machen, s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 145.) zu verpflichten, s. Thibaut System § 934., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. § 730., Voet Comm. ad Pand. Lib. 36. tit. 1. no. 8., muß ohne Zweifel der schon von der Glosse vorgetragenen und von den Neueren größtentheils anerkannten Erklärung der oben angeführten Gesetze, insbesondere der l. 32. C. 6. 42. weichen, daß nämlich jeder mit einem Vermächtniß Begünstigte, wenn es auch ohne alle Form angeordnet worden ist, sein Recht darauf soll geltend machen können, wenn er den Beweis durch Zuschiebung des Eides an den gravatus, versteht sich praestito juram. calumniae, führen will; s. v. Löhr civilist. Archiv Bd. II. S. 188., Schrader Corp. jur. civ. T. I. pag. 403., Roßhirt Lehre v. den Vermächtnissen Bd. I. S. 66., Puchta Lehrb. § 517. not. y., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 891., Mackeldey Lehrb. § 706., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 528. no. 1., Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 292. Der Auftrag des Erblassers kann daher allerdings auch durch einen Brief an den Erben geschehen. Nur muß derselbe an den Erben wirklich erlassen und nicht blos in den nachgelassenen Papieren des Verstorbenen eine solche Scriptur gefunden worden seyn. Der oben angeführten entgegengesetzten Meinung Thibauts und Mühlenbruchs folgt jedoch das O. A. Ger. in Jena, s. Seuffert Archiv Bd. IV. H. 1. S. 120.

Zu 2) Diejenigen, welche die Gegenwart des Erben nöthig finden, müssen consequent annehmen, daß nur derjenige Erbe verpflichtet werde, welchem der Erblasser mündlich das Legat oder Fideicommiß aufgetragen hat, aber darüber schwanken sie, ob, wenn die Auflage allgemein gefaßt oder auf die Erbschaft überhaupt bezogen ist, der heres partiarius zur Entrichtung des Ganzen oder nur nach Verhältniß seines Erbtheils verpflichtet werde.

Für Letzteres entscheidet gegen Schilter Prax. jur. Rom. Ex. 40. app. 2. im zweifelhaften Fall Leyser Sp. 401. Med. 2., Stryck Us. mod. Pand. Lib. XXXVI. tit. 1. § 8., Becker in der Sammlung merkw. Rechtsfälle Bd. III. S. 593., Berger Oecon. jur. II. tit. 4. th. 33. not. 1., v. Bülow Abhandl. Th. II. Abth. I. S. 92., und nur ausnahmsweise für das Ganze, wenn es untheilbar ist; Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 146., bezüglich l. 11. § 23. u. 24. D. de leg. III., Brunnemann ad l. ult. C. de fideic. (6. 42.) no. 9.

Aber auch wenn man eine schriftliche Willenserklärung des Erblassers als verbindend erkennt, so kann sie doch immer nur den, welchem der Erblasser sie mitgetheilt hat, obligiren, und daher, wenn dieselbe

dahin lautet: „Ich wünsche, daß meine Erben dem X. 1000 Fl. hinauszahlen,“ nur pro rata hereditaria; wenn aber der Erblasser einem der mehreren Erben nur erklärt: X. soll 1000 Fl. erhalten, so muß angenommen werden, daß nur diesem Erben das Vermächtniß auferlegt sey; v. Bülow l. c.

Zu 3) Die Zulässigkeit anderer Beweismittel außer dem Eid wird vorzüglich behauptet von Süptitz über den Beweis eines dem Fiduciar vom Testator mündlich auferlegten Fideicommisses, welchem v. Bülow l. c. bezüglich l. 25. D. 34. 5. beistimmt, s. auch Becker l. c., Höpfner Instit. Comm. § 605. not. 2., Wernher P. III. Obs. 2., Pufendorf Animadv. jur. no. 85., Brinckmann D. de fideicommisso ejusque legitima probatione § 5—8. Dieser Meinung, wonach der l. ult. C. 6. 42. u. § ult. J. 2. 23. nicht die Absicht unterstellt werden könne, andere Beweismittel, wenn dergleichen vorhanden sind, absolut auszuschließen, ist die Tübinger Juristenfacultät in einem Ausspruch vom 16. März 1785 beigetreten, s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 92., wogegen ohne Zweifel Geist und Wortinhalt des Gesetzes für die Behauptung spricht: Wer keinen formellen letzten Willen, es sey nun Testament oder Codicill, zu produciren vermag, der kann blos Alles in den Eid des angeblich Onerirten stellen, l. ult. C. 6. 42., v. Vangerow l. c. § 528. no. 2., Puchta Lehrb. § 517., Schweppe l. c. § 891., v. Löhr im civil. Archiv Bd. II. S. 188., Walch Intr. in controv. jur. civ. pag. 261., Glück D. de testamenti solennis probatione pag. 21., Stryck Us. mod. Pand. Lib. XXXVI. tit. 1. § 10., Malblanc Doctr. de jurejurando Lib. III. § 49., und dieser Eid muß entweder geleistet oder recusirt, er darf nicht zurückgeschoben werden, denn das Gesetz spricht ausdrücklich blos von Annahme oder Recusation; Schweppe l. c. Es kann indessen auch der Fall seyn, daß ein Erblasser in seinem Testament das Bekenntniß eines ihm mündlich auferlegten Fideicommisses niederlegt, und dann macht gewiß das Geständniß jeden Beweis überflüssig. Confessio testatoris in testamento de fideicommisso sibi praesenti injuncto plene probat, s. G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. I. S. 144. Eben so in folgendem Fall: der Honorirte forderte von den Erben des Onerirten das diesem vom Erblasser aufgetragene Fideicommiß. Der Onerirte hatte auch noch bei seinen Lebzeiten freiwillig in einem instrumentum publicum ein wohlüberlegtes und erschöpfendes Geständniß über die letztwillige Disposition seines Erblassers abgelegt, und sogar gerade zu dem Zweck, damit der Honorirte sein Recht auf Erfüllung jener Disposition nach seinem Tode gegen seine Erben begründen könne, in-

dem er den dazu adhibirten Notar angewiesen hat, künftig dem Betheiligten Ausfertigung des Protocolls zu ertheilen. Durch Erk. d. O. A. G. in Lübeck wurde auch hier das Geständniß des Onerirten für genügend erkannt; s. Seuffert Archiv Bd. V. S. 43. Ueber Fideicommisse ex lege fin. C. 6. 42. und deren Anwendung auf Kinder (infantes), welche zu Erben eingesetzt sind, s. Bolley Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien S. 358.

Zu 4) Unbestimmte Empfehlungen ziehen keine positivrechtliche Verpflichtung nach sich; l. 78. § 8. D. 36. 1. Wenn gleichwohl Leyser Sp. 377. Med. 8. aus Billigkeit dem Mädchen, welches von der Erblasserin auferzogen worden war, und ihr unentgeldlich gedient hatte, auf den Grund einer solchen Empfehlung hin, eine Summe ex aequo et bono zuerkennen zu dürfen glaubte, so möchte sich dies stricto jure nicht rechtfertigen und ein Oralfideicommiß so wenig als ein Erbvertrag sich annehmen lassen.

Fideicommisse werden wohl auch verbis precativis errichtet,*) l. 11. § 7. D. de legat. III., v. Gönner u. Schmidtlein Jahrbücher d. Gesetzg. und Rechtspflege in Baiern Bd. I. S. 377., aber eine so unbestimmte Aeußerung wird keine sichere Grundlage für den erkennenden Richter darbieten; vergl. Archiv f. d. Civil- u. Criminalr. d. Königl. Preuß. Rheinprovinzen Bd. XII. Abth. 1. S. 179., Bd. XIII. Abth. 2. S. 45., Watermaier d. Oralfideicommiß u. dessen Verh. zu Erbvertr. in einem v. Oberger. d. fr. Stadt Bremen u. am O. A. Ger. zu Lübeck verhand. Rechtsstr., dargest. mit den Urtheilen rc. der erwähnten Gerichte gr. 8. Bremen 1838.

---

§ 6. Von den Subjecten bei Legaten.

Dig. XLIII. 3. quod legatorum Cod. VIII. 3. quorum legatorum.

a) Rechte und Verbindlichkeiten des Onerirten.

1) Da Niemand mehr belastet werden kann, als er durch die Freigebigkeit des Erblassers — nämlich außer rechtlicher Noth-

---

*) Vergl. den im Kap. XI. Fr. 16. vom Universal-Vermächtniß angeführten Fall.

wendigkeit — erhält,*) so fragt sich, nach welchem Zeitpunkt der Werth des Empfangenen**) zu berechnen ist?

2) Wer ist als onerirt zu betrachten, wenn der Erben mehrere sind, und der Erblasser sich nicht deutlich darüber erklärt hat?
3) Wenn ein Onerirter wegfällt, geht dann die Belastung desselben auf seinen Nachfolger über?
4) In wie fern haften mehrere Onerirte solidarisch?
5) In wie weit kann auch ein Pupillarsubstitut onerirt werden?
6) Kann die Caution, welche der Onerirte vom Legatar oder Fideicommissar der Restitution halber für solche Fälle, in welchen ein rechtlicher Grund eintritt, verlangen kann, auch dann noch von demselben gefordert werden, wenn
   a) der Onerirte das Vermächtniß bereits entrichtet hat? oder
   b) auch, wenn in einem von dem Fideicommißerben mit dem

---

*) In wie fern der Vater mit einem Vermächtniß onerirt werden kann, wenn sein Hauskind zum Erben eingesetzt ist; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 521. not. 1.

**) Nicht allein dessen, was er als Erbe durch die letztwillige Disposition des Erblassers erhält, sondern auch, was ihm dieser im Voraus auf Rechnung seines künftigen Erbes gegeben hat; s. Puchta Lehrb. § 537., Thibaut System § 918. (Ed. 8.) — l. 56. § 5. D. 35. 2. Die gesetzliche Beschränkung, daß niemand mehr onerirt werden darf, als er honorirt ist, l. 114. § 3. l. 122. § 2. D. de legat. I. — l. 70. § 1. D. de legat. II. — § 1. J. 2. 24. kann der Belastete so lange geltend machen, als er nicht ausdrücklich auf sie verzichtet hat; l. 46. D. 35. 2. — l. ult. C. 6. 50. — l. 20. § 1. D. 39. 5. Es schadet ihm daher nicht, daß er sich bei dem seiner Zeit gehörig publicirten Testamente des Fideicommittenten beruhigt, und eben so auch die darin gewährten Vortheile genossen hat; s. Erk. d. O. A. Ger. in Lübeck in der Hamburger Samml. Bd. I. H. 4. S. 798.

Der Erbe muß übrigens, wenn er aus einem Testament die Erbschaft angetreten hat, auch die über sein eigenes Vermögen getroffenen Verfügungen des Erblassers anerkennen; Leyser Sp. 380. med. 6. 7. Der abweichenden Meinung bei Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 541., Beseler Erbvertr. Bd. II. S. 355. steht entgegen: 1) daß zu unterscheiden ist zwischen einfacher Erbschaftsantretung, und ausdrücklicher Anerkennung des Testaments: jene kann, sobald nur nicht ein test. correspectivum oder eigentlicher Erbvertrag in Frage ist, der Erbe auch cum protestatione vornehmen, dagegen bei deren Unterbleiben l. 69. D. 50. 17. — l. 41. D. 4. 4. — l. 16. § 1. C. 6. 23. eintreten. Das eigenthümliche Vorurtheil der Römer gegen Erbverträge verliert in einem solchen Falle seine Bedeutung, weil der Erbe den Willen des Erblassers erfüllte, dem er Dankbarkeit und Pietät schuldig ist; s. Emminghaus Sächs. Pandecten S. 645. no. 21.

Fiduciarerben geschlossenen Vergleich von Letzterem eine Generalhypothek constituirt war, welche Ersterer in der Folge nicht mehr sicher genug findet?

c) Da übrigens nach l. 6. C. 6. 49. Söhne von der Cautionsleistung für ein auf sie constituirtes Fideicommiß befreiet sind, so fragt sich, ob dies auf fiduciarische Enkel auszudehnen sey?

7) Eines der wichtigsten Rechte des Onerirten ist, daß die Beschwerde der testamentarischen oder Intestaterbschaft durch Vermächtnisse oder Fideicommisse sich nicht über ¾ des Erbschaftsvermögens erstrecken darf, sondern jedem Erben von seiner Portion ¼ frei bleiben muß, § 1. J. 2. 22. — l. 77. D. 35. 2. — wofern nicht der Testirer dem Erben den Abzug einer Quart (bei Legaten die falcidische, bei Fideicommissen die trebellianische genannt), welche er, vorausgesetzt, daß er gehörig inventirt hat, für sich hinwegzunehmen durch das Gesetz berechtigt ist, ausdrücklich*) verboten hat.**)

In Ansehung der Berechnung des Vermögens entscheidet der Zeitpunkt des Todes des Erblassers. Was ist nun die

*) Nach Sächsischen Rechten ist auch eine stillschweigende Untersagung hinreichend; s. v. Hartitzsch Entscheidungen no. 181. bezüglich der 43sten Decision v. J. 1661. Doch sollen die Handlungen und Ausdrücke einer sehr strengen Prüfung unterworfen werden; s. Gottschalk Disc. for. T. I. Cap. X. pag. 113.

**) was Justinian in der Nov. 1. c. 2. § 2. mit auffallender Inconsequenz und gegen die wahre Natur des ursprünglich prohibitiven Gesetzes ihm gestattete. Man nimmt sogar ein stillschweigendes Verbot des Abzugs der qu. Falc. an, z. B. wenn der Testator die Veräußerung der Sache verboten hat; s. Thibaut System § 917. (Ed. 8.), Braun Erörter. § 766., Schweppe Bd. V. § 110., Heimbach in Linde's Zeitschr. Bd. XIII. S. 369. Zum Abzug der Quart ist übrigens da wo sie stattfindet nur der Erbe, gleichviel ob testamentarischer oder Intestaterbe, nicht aber ein mit Vermächtnissen beschwerter Legatar oder Fideicommissar für seine Person berechtigt; s. l. 32. § 4. D. 35. 2. u. die Note 26. hierzu in der deutsch. Uebers. l. 47. § 1. D. eod. Die verschiedenen Gründe, aus welchen der Abzug der falcidischen Quart wegfallen kann, stellt vollständig zusammen v. Vangerow Pand. Bd. II. § 538. In vielen Gesetzgebungen der mittl. u. neueren Zeit ist sowohl die falcidische als trebellianische Quart aufgehoben. — Eine Verbindlichkeit des Erben, sich bei Berechnung der falcidischen Quart Verzugszinsen anrechnen zu lassen, kann nicht angenommen werden; s. Elvers Themis Bd. I. S. 541., Thibaut im civilist. Archiv Bd. IX. no. 6.

Folge, wenn ein im Nachlaß befindliches Lotterieloos nachher einen bedeutenden Gewinn gemacht hat?

7 a) Wie weit gehen die Dispositionsbefugnisse des zur trebellianischen Quart berechtigten Fiduciarerben?

7 b) Können Descendenten noch neben dem Pflichttheil auch die trebellianische Quart in Abzug bringen?

7 c) Ist da, wo die qu. Trebell. neben dem Pflichttheil abgezogen werden darf, die erstere nur von der nach Abzug des Pflichttheils noch übrigen Masse, oder vom ganzen vollen Erbtheil abzuziehen?

8) Muß sich der Erbe, welchem neben seinem Erbtheil ein Prälegat ausgesetzt ist, dieses auf seine Quart anrechnen lassen?

9) Nach den Gesetzen ist das legatum debiti und der zurückvermachte Brautschatz dem Abzug der falcidischen Quart in so fern unstreitig unterworfen, als es sich von dem Vortheil der früheren Zahlung handelt. Darf aber auch der Erbe hier in Anrechnung bringen, was diese Vermächtnisse der Quantität nach mehr in sich begreifen, als der Testator wirklich schuldig war?

10) Die gesetzliche Vorschrift, daß jeder Erbe sein ¼ frei haben muß, führt, wenn mehrere Erbschaftsportionen in Einer Person zusammen kommen, bei Berechnung der Quart auf einen bedeutenden Unterschied, je nachdem die Portionen zusammengeworfen, oder getrennt behandelt werden.

Man setze den Fall: einem der Instituirten fällt der Antheil eines Miterben dadurch zu, daß er ihm vulgariter substituirt ist. — Nun ist er selbst auf 2000 Fl. eingesetzt, aber mit eben so viel Legaten belastet, dagegen einem auch auf 2000 Fl. eingesetzten Miterben vulgariter substituirt. Werden nun die Erbportionen getrennt behandelt, so kann er den auf ihn mit 2000 Fl. angewiesenen Legatarien ¼ mit 500 Fl. abziehen, nicht aber, wenn die Erbportionen zusammengeworfen werden, denn aus 4000 Fl. bleibt ihm ja selbst nach Abzug der Legate noch hinlänglicher Ueberschuß. Zwischen dem Getrenntseyn und der Vereinigung liegt aber auch noch ein Medium, nämlich: Einrechnung des Ueberschusses der einen Portion in die andere. Gesetzt, die erste Portion betrüge 400, von ihr sind aber 280 dem T. legirt, die zweite betrüge auch 400, und auf ihr lastet ein anderes

Legat für S. von 350. Beim gänzlichen Getrenntseyn würde T. seine 280 und S. nur 100 erhalten, dem Erben blieben hiernach 420. Beim gänzlichen Zusammenwerfen zieht der Erbe von den sämmtlichen 630 betragenden Legaten die 30, welche über die gemeinsame Quart der beiden 800 betragenden Erbportionen legirt sind, beiden Legataren im Verhältniß von 4 zu 5 ab, wodurch dem T. 13⅓, dem S. 16⅔ gekürzt werden, und dem Erben bleiben 200. Von den Legataren aber hat T. verloren, während S. gewann. Was ist nun in den auf mancherlei Weise möglichen Fällen des Zusammentreffens mehrerer Portionen in Einer Person zu statuiren?

11) Sind die legata ad pias causas vom Abzug der Quart befreit?

12) Wenn von diesen und jenen Legaten die Quart nicht abgezogen werden darf, sind diese dann eben so wie Schulden vornweg abzuziehen? z. B. der Testator hat 800 Fl. Vermögen hinterlassen, wovon er 600 Fl. ad pias causas und 200 Fl. einem Privaten vermacht hat. Muß sich nun Letzterer 50 Fl. von seinem Legat abziehen lassen, oder kann der Erbe in der Art rechnen, daß er sagt: Von 800 Fl. Erbschaft müssen mir 200 Fl. als Quart frei bleiben; da ich nun der pia causa nichts abziehen darf, so muß das andere Legat ganz hinwegfallen?

13) Welche culpa hat der Erbe dem Legatar zu prästiren?

14) In wie fern kann er verbunden werden, für die Eviction einzustehen, oder auch die legirte Sache von den darauf haftenden Realansprüchen frei zu machen?

15) In welchen Fällen muß der Erbe dem Legatar den Werth der vermachten Sache, welche dieser nicht in natura erhalten kann, prästiren?

16) Was für Rechtsmittel hat der Onerirte wegen der an den Legatar für etwaige Impensen-Auslagen ꝛc. ihm zustehenden Ansprüche?

17) Wenn in einem Land von den an extraneos fallenden Verlassenschaften Collateralgebühren zu entrichten sind, muß diese der Erbe von den Vermächtnissen auch übernehmen, oder fallen sie den Legatarien zur Last?

Zu 1) Bei der Berechnung ist auf die Zeit des Todes des Testirers zu sehen, § 2. J. 2. 22., jedoch wird bei Legataren und Fideicommissaren der Werth der in der Zwischenzeit bis zur Entrichtung des den Onerirten auferlegten Vermächtnisses gezogenen Früchte und Nutzungen in Anschlag gebracht*), desgleichen Alles, was die Belästigten durch eigene Schuld nicht bekommen oder verloren haben; l. 114. § 3. D. de legat. I. — l. 70. § 1. u. 2. D. de leg. II. — l. 24. § 14. D. 40. 5., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 884. S. 272. not. 1. Die Grundsätze der Berechnung, um das Verhältniß zwischen dem Vermögen und den Lasten der Erbschaft festzustellen, insbesondere wegen des Anschlags jährlicher Reichnisse und solcher, deren Betrag von der Lebensdauer abhängt, l. 3. § 2. l. 68. pr. D. 35. 2., der bedingten und betagten Legate, l. 45. pr. l. 73. § 4. l. 66. pr. l. 88. pr. D. eod., des legat. debiti, l. 1. § 10. l. 5. l. 81. § 1. D. eod. — l. 1. § 13. D. 33. 4., s. Schweppe l. c. § 907., v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 526. (221.)

Zu 2) Wenn der Erben mehrere sind, so müssen sie nothwendig alle als onerirt angesehen werden, und zwar in der Regel nach Verhältniß ihrer Erbportionen; l. 17. D. 45. 2. — l. 33. pr. D. de legat. II., Thibaut System § 898. (Ed. 8.), Puchta Lehrb. § 518.

Ueber die Modificationen dieser Regel s. oben § 1. zu Fr. 1 a. S. 860.

Wer als honorirt gelten könne, dazu ist nicht gerade dessen ausdrückliche Namhaftmachung immer nöthig. Es kommt nur darauf an, ob durch Schlußfolgerung die Absicht des Testators erkannt werden kann; l. 25. l. 29. l. 30. D. 34. 5. — l. 33. § 1. D. 35. 1. — Nicht entgegen ist l. 77. D. de legat. II. (31.), wo eben eine andere Willensmeinung bei genauer Erwägung ganz so klar, wie in l. 74. pr. D. 36. 1. umgekehrt die Honorirung hervortritt; s. Ackermann Rechtsf. H. 1. S. 171.

Zu 3) Die nähere Erörterung hierüber s. den folgenden § 10. vom Wegfall des Vermächtnisses und vom Accrescenzrecht.

Zu 4) Wenn der Gegenstand des Legats untheilbar ist; l. 11. § 23. u. 24. D. de leg. III. — l. ult. D. 33. 3. — l. 80. § 1. D. 35. 2., oder wenn das Vermächtniß Mehreren alternativ auferlegt

*) Anders ist die Berechnung beim Abzug der falcidischen Quart; denn da können zum inventirten und taxirten Stammvermögen nur die zur Todeszeit reifen und fälligen Früchte oder Einkünfte gerechnet werden, l. 9. pr. D. 35. 2. — und die von bedingten und betagten Legaten bis zur Zahlungszeit anfallenden Nutzungen, l. 1. § 12. 16. l. 45. pr. D. 35. 2.

ist, denn da hat der Legatar die Wahl, von welchem er das Vermächtniß (und natürlich das Ganze) fordern will, l. 8. § 1. D. de leg. I. — l. 25. pr. D. de leg. III. — l. 9. pr. D. 45. 2., s. v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 426., Ribbentrop z. Lehre v. d. Correalobligation § 18., oder endlich, wenn der Testirer ausdrücklich eine solidarische Verbindlichkeit festgesetzt hat. Ob die l. 9. pr. D. 45. 2. in diesem Sinn zu nehmen, oder auch von der alternativen Onerirung zu verstehen sey, wie v. Vangerow l. c. S. 426. und Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 884. S. 273. not. 5. mit Cujac. annehmen, ist zweifelhaft. — Vergl. jedoch rücksichtlich des Pfandrechts der Legatare die folgende Abtheilung dieses Paragraphen lit. b. Frage 5.

Zu 5) Unstreitig kann der Pupillarsubstitut wirksam onerirt werden, wenn der Vater den Pupillen zum Erben eingesetzt hat; Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XL. S. 397. behauptet dies in solcher Ausdehnung, daß der Substitut auch dann die Vermächtnisse, mit denen er onerirt ist, prästiren müsse, wenn er gleich im väterlichen Nachlaß keine Deckung dafür fände; v. Vangerow l. c. § 521. u. 535. deducirt dagegen, daß diese Meinung nur durch eine irrige Interpretation der l. 11. § 5. D. 35. 2. entstanden, und vielmehr anzunehmen sey, daß nur die väterliche Erbschaft, und diese nur, soweit sie im Augenblick des Todes des Erblassers nach Abzug der falcidischen Quart reicht, wirksam onerirt werden könne; l. 11. § 5—7. l. 79. l. 80. l. 87. § 7. D. 35. 2. — l. 1. § 3. D. 35. 3., vergl. oben Kap. X. § 1. Fr. 1. S. 860.

Zu 6) Die erste Frage ist nach l. 30. D. 12. 6. — l. 3. § 3. und 10. D. 35. 3. zu bejahen; die zweite gleichfalls — jedoch nur unter Voraussetzung einer eingetretenen Veränderung der Umstände, welche die zuerst geleistete Sicherheit zweifelhaft machen; l. 4. D. 36. 4., Voet Comm. ad Pand. Lib. 36. tit. 4. § 13., Knipschild de fideicom. fam. cap. 12. no. 41., Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 90.; die dritte Frage ist zu verneinen, denn wenn gleich in den Gesetzen die Enkel unter der Bezeichnung der filii häufig mitbegriffen werden; l. 84. l. 201. l. 220. D. 50. 16. — l. 59. D. 23. 2. — l. 41. § 5. D. de leg. III., daher Stryck Us. mod. Pand. Lib. XXXVI. tit. 4. § 2., Vinnius Sel. quaest. Lib. II. c. 29. sie auch in diesem Fall darunter mitverstanden wissen will, so wird doch dem Ausdruck filii et filiae in mehreren Stellen eine eingeschränktere Bedeutung gegeben, als dem Wort liberi, l. 6. D. 26. 2. — l. 220. pr. D. 50. 16. — § ult. J. 1. 14., und es steht einer Ausdehnung hier besonders die l. 6. C. 6. 49. in ihren Schlußworten entgegen: admonemus ea, quae de satisdatione diximus, non ulterius, quam in

his personis et casibus, quorum superius mentio facta est, oportere produci; s. Kapff l. c. G. L., Boehmer de liberis fideicom. oneratis § 21., Knipschild l. c. cap. 12. no. 41.

Zu 7) Da zufällige Vermehrungen eben so wenig als Verminderungen berücksichtiget werden sollen, § 2. J. 2. 22. — l. 30. l. 37. l. 56. pr. l. 73. pr. D. 35. 2., so bleibt es demungeachtet beim Abzug der Quart, wenn nur durch diesen zufälligen Gewinn das plus der gesetzlich zulässigen Belastung aufgehoben würde; s. Höpfner Instit. Comm. § 598. S. 674.

Zu 7a) Der mit einem bedingten oder betagten Fideicommisse Belastete hat die Rechte des Erben soweit sie mit der Restitutionspflicht verträglich sind. Er ist bis zur Restitution Eigenthümer aller Erbschaftssachen, verfolgt wirksam die Ansprüche des Erblassers an Dritte, schließt eben so Verträge über erbschaftliche Rechtsverhältnisse, und liberirt die Schuldner; l. 65. pr. D. 36. 1. — l. 4. C. 6. 54. — l. 22. D. 13. 5. — l. 21. pr. D. 46. 1. — l. 104. D. 46. 3. Nur Veräußerungen, die er vornimmt, sind bei einem unbedingten Fideicommiß von Anfang an ungültig, bei einem bedingten werden sie es durch Eintritt der Bedingung; l. 5. § 2. 3. C. 6. 43. — l. 54. D. 36. 1. — Nov. 108. c. 1. Es kann ihm daher, obgleich die Restitution der Erbschaft nach seinem, des Fiduciars Tod erfolgen soll, nicht versagt werden, daß er alsbald nach des Testirers Tod auf Veräußerung der Erbschafts-Immobilien, um seine quarta zu erhalten dringt, denn im Zweifel wird angenommen, daß alle Zeitbestimmungen zu Gunsten des Verpflichteten beigefügt seyen; l. 20. l. 98. § 4. D. 46. 3. — l. 41. § 1. D. 45. 1. — l. 17. D. 50. 17. — l. 12. C. 6. 42., s. Mittheilungen des Voigtl. jur. Vereins 1837. S. 57. Eben so wenig kann auch den Gläubigern des Fiduciars, welche in sein Recht eintreten, die Hülfsvollstreckung in die Erbschaftsgüter soweit als das Abzugsrecht des Fiduciars reicht, versagt werden; s. Erk. d. O. A. Ger. in Dresden im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1852. S. 22.

Zu 7b) Dies kann nur bei bedingten oder von Zeitbestimmungen abhängigen Fideicommissen angenommen werden. Mit Recht wohl sagt Cujac. Obs. VIII. 3. von C. 16. 18. X. 3. 26. ex falso juris intellectu processerunt, neque ad consequentia sunt trahenda, s. Erkenntn. d. O. A. Ger. in Dresden in Emminghaus Corp. jur. Germ. pag. 853. Auch findet der Abzug der falcidischen Quart neben dem Pflichttheil bei Vermächtnissen und Singularfideicommissen nicht Statt; s. Emminghaus l. c.

Zu 7c) Für das Erstere hat das eben angeführte Präjudiz, s. Emminghaus l. c. entschieden, es scheint aber richtiger, daß die Quart vom ganzen vollen Erbtheil zu gewähren sey; c. 16. 18. X. de testam. (3. 26.), Reinhard arithmet. Handbuch für Rechtsgelehrte ed. Treitschke 1845. S. 101., Stryck Succ. ab int. Diss. VII. c. 1. § 29., G. L. Boehmer Exerc. 6. I. ex. 1., Polack math. for. I. 2. 2. § 35., Kind quaest. for. T. I. pag. 50.

Zu 8) Man kann diese früher in Zweifel gezogene Frage dahin als entschieden ansehen, daß er den Theil des Prälegats, welchen er sich selbst auszahlen muß, aber nicht denjenigen, welchen er von seinem Miterben erhält, auf die falcidische Quart sich anrechnen lassen muß; l. 74. l. 91. D. 35. 2. Ueber die Frage, was auf die trebellianische Quart angerechnet werden kann, vergl. Puchta Lehrb. § 537., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. § 758., Höpfner Instit. Comm. § 614. not. 1., v. Lindelof im civilist. Archiv Bd. IV. no. 30.

Zu 9) Breuning Diss. an quarta Falc. locum habeat in praeleg. dote und Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1512. behauptet es; dagegen erinnert Weber in Höpfner Instit. Comm. § 599. not. 1., daß der Erbe das im Testament enthaltene Zugeständniß des Erblassers anerkennen müsse, womit auch Thibaut System § 917. übereinstimmt.

Zu 10) Als Princip kann man annehmen: so oft ein Erbe mehrere Quoten unmittelbar nach dem Willen des Testaments auf eigenen Namen erwirbt, und so oft er von mehreren Portionen auf eigenen Namen Legate schuldet, werden sämmtliche Antheile vollständig vereinigt. Wo dagegen eine Quote nur aus einem vermittelnden Grunde erworben wird, oder wo sämmtliche Legate davon durch das Eintreten an die Stelle eines andern ursprünglich Onerirten geschuldet werden, da findet eine Trennung beider Portionen Statt, jedoch mit den durch die Billigkeit gebotenen Ausnahmen, daß mit dem Ueberschuß der neu erworbenen Quote bisweilen der Ausfall der eigenen gedeckt wird, bisweilen sogar eine vollständige Vereinigung Platz greift.

Aus dem angegebenen Princip folgt:

a) Mehrere Quoten der Erbschaft, auf welche Jemand unbedingt oder bedingt instituirt oder substituirt ist, werden schlechthin vereinigt, so daß es eben so gut ist, als ob er nur einmal eingesetzt wäre, aber auf eine Portion von der Größe, welche sich ergibt, wenn man die mehreren getheilten Portionen zusammenrechnet. Dasselbe muß bei der Vulgarsubstitution eines Miterben gelten, denn sie ist ja auch nur eine eigenthümlich bedingte Institution.

Die durch sie in Einer Person vereinigten Portionen müssen daher ebenfalls zusammengeworfen und die Quart von ihnen gemeinschaftlich berechnet werden.

Nur die dem wegfallenden Erben namentlich aufgelegten Legate, welche der Testator bei der Substitution nicht selbst wiederholte, machen nach der Meinung Einiger (s. jedoch dagegen **Arndts** im Rechtslex. Bd. VI. S. 317.) eine Ausnahme. Diese Legate werden, im Fall die Substitutionsportion über die Quart beschwert ist, demselben Abzug unterworfen, welchen sie erlitten haben würden, wenn der ursprünglich Belastete angetreten hätte, und das zur Quart des Ganzen alsdann noch Fehlende wird durch gemeinschaftliche Berechnung von den übrigen Legaten gedeckt.

b) Werden durch Pupillarsubstitution mehrere Portionen in Einer Person vereinigt, was entweder dadurch, daß ein Miterbe des Pupillen diesem pupillarisch substituirt wird, oder daß dieselbe Person mehreren im väterlichen Testament eingesetzten Pupillen zum Erben bestimmt ist,*) geschehen kann, so gestaltet sich das oben angegebene Princip in seiner Anwendung folgendermaßen:

1) Wenn einem Pupillen sein Miterbe substituirt ist, und in den tabulis secundis ein Legat angeordnet ist, so tritt unbedingt vereinte Berechnung ein; denn der Miterbe hat ja nicht nur seinen Institutionstheil auf eigenen Namen empfangen, sondern schuldet auch suo nomine die im Pupillartestament von ihm selber hinterlassenen Vermächtnisse. Sind dagegen im Pupillartestament keine Legate aufgelegt, so werden beide Portionen getrennt, indem nun der Miterbe die Pupillarportion nur mittelbar durch Beerbung des Pupillen erhält, mithin auch die demselben aufgelegten Legate nur mittelbar als dessen Erbe schuldet. Eigentlich müßte diese Trennung nun auch in dem entgegengesetzten Falle gelten, wenn nur die Portion des Miterben, nicht auch die des Pupillen erschöpft ist. Hier tritt jedoch aus Billigkeit die Modification ein, daß der Miterbe den Ueberschuß

*) Wenn hingegen einem enterbten Pupillen ein Erbe seines Vaters substituirt und von diesem Erben und Pupillarsubstituten im väterlichen oder im Pupillartestamente Vermächtnisse hinterlassen sind, so handelt es sich, da der Vater das eigene Vermögen des enterbten Pupillen nicht belasten darf, immer nur von einem einzigen Erbtheil, dem nämlich, welchen der Erbe im väterlichen Testamente erhalten hat. Nach dem Betrage dieses Erbtheils werden alle im ersten und zweiten Testamente auferlegten Legate verkürzt; l. 10. D. 35. 2.

der Pupillarportion in seine eigene einrechnen muß. Eine noch stärkere Abweichung findet Statt, wenn beide Portionen erschöpft sind. Dann werden sie nämlich vereinigt und die Quart vom Ganzen abgezogen, weil nur durch vereinte Berechnung eine verhältnißmäßige Vertheilung des Abzugs auf alle Legate bewirkt wird.

2) Wenn dieselbe Person mehreren instituirten und belasteten Pupillen substituirt ist, so muß hier dem allgemeinen Princip gemäß Trennung und Einrechnung des Ueberschusses der Einen Portion in die andere angenommen werden. Die Trennung deshalb, weil der Substitut keinen von beiden Theilen des väterlichen Nachlasses unmittelbar, sondern vielmehr beide als Erbe der Erben des Testators erwirbt. Die Einrechnung des Ueberschusses aber beruht auf der Analogie des Falles, wenn einem Pupillen sein Miterbe substituirt ist und diesem in den tabulis secundis keine Legate aufgelegt sind. Sind dem Substituten in beiden Testamenten Legate auferlegt, dann muß eine Vereinigung beider Portionen eintreten, gleichviel wie groß diese Legate sind, und ob die Pupillen selbst belastet waren oder nicht. Dagegen, wenn Jemand nicht beiden Pupillen, sondern nur dem zuletzt sterbenden substituirt ist, so werden beide Theile für die Berechnung der Falcidia auseinander gehalten, da sie nur mittelbar, vermöge einer neuen Beerbung, in einer Person zusammentreffen.

c) Erlangt ein eingesetzter Erbe die Portion eines Miterben durch Accrescenzrecht, so werden beide Portionen getrennt, und nur der Ueberschuß der anwachsenden Portion wird in die Quart der eigenen eingerechnet. Diese Behandlung folgt aus der Natur des Accrescenzrechts, welches auf gesetzlicher Bestimmung, nicht auf letztwilliger Berufung beruht.

d) Bei dem Erwerb einer zweiten Portion durch Arrogation, Beerbung eines Miterben, Kauf, Tausch, Indignität und andere Successionsarten findet entschieden eine völlig getrennte Berechnung schon um deswillen Statt, weil beide Quoten im Augenblick ihrer Vereinigung schon gar nicht mehr als Portionen derselben Erbschaft betrachtet werden können.

Wir sind bis hierher der gründlichen und umfassenden Entwickelung dieser Materie von v. d. Pfordten in s. Abhandlungen aus dem Pandectenrecht gefolgt. Zu vergleichen ist vorzüglich v. Vangerow's Abhandl. von der Berechnung der falcidischen Quart bei Legaten aus

Doppeltestamenten im civilist. Archiv Bd. XXXVI. S. 219. u. 309., Bd. XXXVII. S. 218. und dessen Leitfaden zu Pandectenvorlesungen Bd. II. § 535. nebst dessen schon früher im § 521. S. 417. nöthig erachteter Berichtigung eines von Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XL. § 397. aufgestellten unhaltbaren Grundsatzes,*) desgleichen ob die Quarta Trebellianica ebenso wie die Falcidia berechnet werde, wofür sich die gemeine Meinung entschieden hat, oder ob und welche Verschiedenheit stattfinde? s. Anm. zu § 536. und die dort vollständig angeführte Literatur.

Zu 11) Diese Frage ist sowohl in Ansehung der Legate als Fideicommisse streitig. Mehrere nehmen nach dem Vorgang eines Cujaz den Sinn der hierüber entscheidenden Nov. 131. c. 12. dahin an, daß der Erbe nur durch ungerechte Verzögerung eines Legats zu frommen Zwecken sich des Quartabzuges verlustig mache; Schilter Ex. ad Pand. Ex. 39. § 132., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 910. lit. f., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 526. (228.), Mühlenbruch Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles S. 284. — Man muß aber doch eine unbedingte Befreiung der legata ad pias causas vom Abzug der falcidischen Quart statuiren, zwar nicht wegen der l. 49. § 2. 4. 6. 7. C. 1. 3., denn da ist nur dem zur Vertretung der zur Erbin eingesetzten pia causa bestellten Bischof verboten, für sich eine quarta abzuziehen, s. Braun Erörter. zu Thibaut § 778., wohl aber vermöge der deutlichen Bestimmung der gedachten Nov. in prooem., daß der Vorwand einer Insufficienz den Erben nicht zum Abzug der Quart an einem legato ad pias causas berechtigen soll, und dies ist auch sowohl, was die falcidische als trebellianische Quart betrifft, in praxi angenommen; s. Boehmer J. E. Pr. Lib. III. tit. 26. § 26., Thibaut System § 917. (Ed. 8.), Wenk Beiträge zur Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles S. 17. rc., Puchta

*) Mühlenbruch nimmt nämlich ganz allgemein an: wenn der Pupill im väterlichen Testament eingesetzt ist, so müsse der Pupillarsubstitut die Vermächtnisse erfüllen, auch wenn keine Deckung dafür im väterlichen Nachlaß gefunden werden sollte. Dieses ist nach v. Vangerow l. c. dahin zu berichtigen: der Substitut wird nur soweit wirksam onerirt, als die väterliche Erbschaft des Pupillen im Augenblick des Todes des Erblassers nach Abzug der falcidischen Quart reicht. Der Pupillarsubstitut könnte daher nur dann in den Fall kommen, aus der Pupillarerbschaft zur Deckung der väterlichen Legate zuschießen zu müssen, wenn sich die väterliche Erbschaft von der Todeszeit des Vaters bis zum Eintritt der Pupillarsubstitution so wesentlich verringert haben sollte; l. 11. § 5 – 7. l. 79. l. 80. l. 87. § 7. D. 35. 2. — l. 1. § 3. D. 35. 3.

Lehrb. § 540. not. c., Voet Comm. ad Pand. Lib. 35. tit. 2. no. 16., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 538. III. 6.

Zu 12) In den Gesetzen findet man keine specielle Entscheidung dieses Falles, jedoch ist es wohl natürlicher anzunehmen, daß der andere Legatar die Befreiung des legati ad pias causas nicht entgelten könne, folglich die erste Berechnungsart stattfinde; s. Thibaut System § 918., Voet Comm. ad Pand. Lib. 35. tit. 2. § 26., Puchta Lehrb. § 540.

Zu 13) Nach der gewöhnlichen Lehre, von welcher jedoch manche Neuere abweichen, vergl. Schömann Handb. Bd. I. S. 339., Hasse von der culpa S. 492., Müller ad Struv. Ex. 35. th. 21. lit. a., hat der Erbe zwar, wofern er nicht in moram fällt, nicht den Zufall, aber omnem culpam et diligentiam zu prästiren; Höpfner Instit. Comm. § 952., Schweppe l. c. § 899., v. Wening-Ingenheim l. c. § 543. (210.), v. Löhr Theorie der culpa S. 161. Wenn Thibaut im System § 910. (Ed. 8.) im Ganzen einstimmig, mit Bezug auf l. 108. § 12. D. de leg. I. (30.) u. Hasse die culpa d. R. R. l. c. die Modification beifügt: „wenn der Erbe vom Erblasser keinen bedeutenden Gewinn hat," oder Schweppe l. c. dahin: „wenn dem Erben ein Ueberschuß nicht bleibt, er vielmehr alles Empfangene wieder herausgeben muß," dann haftet er nur für dolus und culpa lata; so bedarf dies einiger Berichtigung, denn die l. 108. cit. und Hasse l. c. sagen dies nicht vom Erben, sondern von einem Legatar, welchem fideicommißweise auferlegt ist, das Vermächtniß einem Dritten auszuantworten, ohne daß er weiter etwas aus dem Testament erhält, und nur in so weit kann dieses analog auch auf den Erben, welchem der Erblasser den Abzug der falcidischen Quart verboten hat, welcher daher in den Fall kommen kann, daß ihm als Erben nichts übrig bleibt, angewendet werden; s. Braun Erörter. zu Thibaut § 759.

Beim Universalfideicommiß haftet der Erbe nur für diligentia, quam quis in rebus suis; l. 22. § 3. D. 36. 1., Hasse l. c. S. 492., Schweppe l. c. § 899. S. 307. not. 2.

Zu 14) Wegen der Eviction, wenn dem Erblasser die Beschaffenheit der Sache unbekannt war, und wegen der Mängel der Sache haftet der Erbe in der Regel nicht, l. 77. § 8. D. de leg. II. (31.) — l. 36. § 1. D. 33. 2., wenn ihm keine Arglist zur Last fällt; l. 45. § 2. l. 56. l. 57. l. 69. § 3. 4. l. 70. pr. § 1. l. 110. § 1. D. de leg. I. (30.), Müller ad Leyser Obs. 611. Doch ist er wegen der Eviction verantwortlich, wenn der Legatar dem Erblasser nahe verbunden ist, weil hier der vermuthliche Wille des Testators für die Gewährlei-

stung angenommen wird; l. 77. § 8. D. de leg. II. (31.) — l. 10. C. 6. 37. Bei dem legatum generis muß er in so fern Gewähr leisten, als er aus dem genus nicht eine der Eviction unterworfene Sache geben darf; l. 45. § 1. D. de leg. I, Thibaut System § 910. (Ed. 8.), v. Wening=Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 523. (210.) Die Entscheidung der Frage, ob die Ablösung der Lasten einer legirten Sache dem Erben obliege, oder dem Legatar, beruht ziemlich analog auf dem nämlichen Grundsatz, aus welchem die Beurtheilung des Falles geschöpft wird, wenn der Testirer eine ihm nicht eigenthümliche Sache vermacht hat; s. den folgenden § 7. Nr. 1.

a) Ist der Werth der Sache von den Lasten völlig absorbirt, so stehen sich beide Fälle ganz gleich, und man muß also hier wie dort unterscheiden, ob der Testirer die Rechte Dritter an der Sache, welche deren Nutzen absorbiren, kannte, oder nicht. — Kannte er dies Verhältniß, so kann ein vernünftiger Wille auf Seite des Testirers nicht anders angenommen werden, als dahin, daß der Erbe die legirte Sache frei zu machen habe, si res obligata per fideicommissum fuerit relicta, si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est. l. 57. D. de leg. I. — § 5. J. 2. 20. Kannte er aber dasselbe nicht, so kann der Legatar wohl nicht in anderer Maße die Sache erwerben, als sie der Testator sein nennen konnte; es wäre denn erweislich, oder nach den persönlichen Verhältnissen (bei personis conjunctis) anzunehmen, daß derselbe den Legatar jedenfalls mit dieser oder einer andern Sache bedacht haben würde.

b) Die Sache kann aber auch einen die Lasten übersteigenden Werth haben, vel potest aliquid esse superfluum ex soluto aere alieno, l. 57. cit.; dann ist kein Grund vorhanden, warum nicht eben so, wie die mit der Sache verbundenen Rechte, s. l 70. pr. D. de leg. I., auch die derselben anklebenden Lasten auf den Legatar übergehen sollten, wenn nicht die Absicht des Testators, daß der Legatar die Sache unbeschwert erhalten sollte, zu Tag gelegt werden kann. *)

Dies scheint die natürlichste Erklärung der schwierigen l. 57. cit. zu seyn.

Doch wird man hier eigentliche Reallasten und in der Sache selbst liegende von zufällig oder willkührlich mit derselben verbundenen Haftun-

*) l. 69. §. 3. D. de leg. I. si fundus, qui legatus est, servitutem debeat impositam, qualis est, dari debet. Quodsi ita legatus sit, uti optimus maximusque, liber praestandus est.

gen unterscheiden müssen. Reallasten braucht der Erbe nicht abzulösen, wofern sie nicht, wie der ususfructus, den ganzen Vortheil der Sache absorbiren; l. 57. D. de leg. I. — l. 66. § 6. D. de leg. II. Ist aber die Sache wegen einer Schuld des Testirers, welche diesem wohl bekannt war,*) einem Dritten verhaftet, so muß allerdings der Erbe sie davon liberiren, wenn nicht eine andere Meinung des Testirers erhellt, dies ist am wenigsten zu bezweifeln, wenn der Testator erst nach Anordnung des Vermächtnisses die Sache verpfändet hat; § 12. J. 2. 20. — l. 3. C. 6. 37. Aber auch, wenn sie vorher schon verpfändet war, muß dasselbe gelten; § 5. J. 2. 20. **si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena: ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus, rem obligatam esse.** Freilich wenn der Erblasser nicht gewußt hatte, daß die vermachte Sache einem Dritten verhaftet sey, dann könnte man natürlich nicht annehmen, daß er den Erben zur Freimachung habe verbinden wollen, und es könnte hiervon etwa nur dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn angenommen werden dürfte, der Erblasser hätte, wäre ihm das seinen guten Willen für den Legatar vereitelnde Verhältniß bekannt gewesen, ihm etwas von nicht minderem Betrag vermacht; l. 6. C. 6. 42., vergl. l. 57. D. de leg. I. Die verschiedenen Erklärungsarten der über diese Materie besonders schwierigen l. 57. D. de leg. I., s. Westphal von Vermächtnissen Bd. I. § 288., Mühlenbruch im civil. Archiv Bd. XV. S. 393., Braun Erörter. zu Thibaut § 759., Donell. Comm. Lib. 8. c. 11., Cujac. ad African. ad l. 35. de vulg. substit., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 899. S. 307. not. 6.

Zu 15) Wenn der Gegenstand eine fremde Sache ist, welche der Eigenthümer gar nicht, oder nur für einen unmäßigen Preis ablassen will, § 4. J. 2. 20. — l. 71. § 3. D. de leg. I., desgleichen, wenn die legirte Sache vom Pfandgläubiger verkauft worden ist, l. 6. C. 6. 42. — ferner, wenn das Rechtsgeschäft, durch welches der Testirer die Sache erworben hatte, rescindirt worden ist, l. 78. § 1. D. de leg. II. —

*) Sowie nach § 4. J. 2. 20., wenn der Testator eine fremde Sache vermacht hat, der Legatar, um die Prästation vom Erben zu verlangen, den Beweis führen muß, der Testator habe gewußt, daß es eine fremde Sache sey, so bürdet Höpfner im Instit. Comm. § 562. dem Legatar auch beim Legat einer verpfändeten Sache den Beweis auf, daß der Erblasser gewußt habe, die Sache sey verpfändet. Er denkt sich hierbei wohl nur solche Fälle, wo entweder die Forderung selbst dem Erblasser unbekannt seyn konnte, oder die Pfandbestellung nicht von ihm selbst herrührte.

endlich, wenn die Sache von der Art ist, daß der Legatar durch factische zufällige Verhältnisse außer Stand ist, Gebrauch von der Sache machen zu können; l. 40. l. 114. § 5. D. de leg. I. Hierbei sind jedoch die im folgenden § 7. Fr. 2. erörterten Fälle zu unterscheiden.

Zu 16) Eine actio contraria hat er nicht, daher blos Retention und allenfalls condict. indebiti, arg. l. 60. D. de leg. I., Schweppe l. c. § 904.

Zu 17) Die Collateralgebühren fallen dem Legatar, sowie im betreffenden Fall die Nachsteuer zur Last. Man kann daraus, daß der Erbe eine vermachte Sache von dem vom Testator darauf contrahirten Pfandnexus frei machen muß, nicht auf den Fall schließen, wo erst nach seinem Tod eine öffentliche Last darauf sich begründet, von welcher gesagt werden muß: onera sequuntur commoda; l. 10. D. 50. 17. G. L. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. III. Abth. 1. no. 212.

---

b) Rechte und Rechtsmittel der Legatare.

Legataren und Fideicommissaren hat bekanntlich Justinian nicht nur eine actio personalis, sondern auch eine in rem actio und actio hypothecaria gegeben; l. 1. l. 2. l. 3. § 2. C. 6. 43. Daß aber nach Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 299. die in rem actio gegen jeden Besitzer der vermachten Sache erhoben werden könne, auch wenn dieselbe dem Erblasser gar nicht gehörte, sondern dem Erben, oder einer anderen Person, bestreitet als principienwidrig Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 309. und v. Vangerow Pand. Bd. II. § 531. mit Beziehung auf die ausdrücklichen Hindeutungen der l. 1. C. 6. 43. auf die *res testatoris*.

Sind Einem mehrere Legate vermacht, so kann er zwar eines annehmen, und das andere ausschlagen, wenn dies nicht offenbar dem Willen des Erblassers zuwider ist, wie z. B. wenn der Legatar gerade nur die unbeschwerten Vermächtnisse annehmen, die beschwerten aber ablehnen wollte, l. 5. D. de legat. II. (31.); aber dasselbe Vermächtniß kann er nicht zum Theil annehmen, l. 4. 6. 23. 58. D eod. Dagegen können mehrere Erben desselben Legatars, welcher ohne erklärte Annahme oder Ablehnung post diem legati cedentem gestorben ist, ein jeder unabhängig von dem andern ihren Antheil annehmen oder ablehnen; l. 38. pr. D. de legat. I. (30.) —

Grundbedingung der Rechte eines Legatars ist übrigens, daß der Legatar zur Zeit der Errichtung und des Anfalls des Legats die Fähigkeit besitze, etwas aus letztem Willen zu erwerben. Diese vorausgesetzt ist noch in Erwägung zu ziehen:

1) Wenn zweien alternativ vermacht ist: illi aut illi dari volo, wem gebührt dann das Vermächtniß?
2) Wenn der Testirer die Honorirten nicht namentlich, sondern mit einer Collectivbezeichnung aufgeführt hat, sind dann diejenigen, welche zur Zeit der Testamentserrichtung oder die zur Zeit des Anfalls dazu gehören, als berechtigt anzusehen?
3) Was gilt, wenn Mehreren dieselbe Sache vermacht ist?
4) Wenn Jemandem etwas unbestimmt in der Mehrzahl legirt ist, wie viel Stücke muß dann der Erbe prästiren?
5) Das Legat wird mit dem Tod des Testirers (dies cedens), oder wenn es bedingt ist, mit dem Eintritt der Bedingung erworben, wenn gleich die Anstellung einer Klage gegen den Erben entweder act. personalis ex testamento, oder (wegen des stillschweigenden Pfandrechts der Legatare) die act. hypothecaria, welche jedoch nur electiv concurriren, vorerst die Erbschaftsantretung von Seite des Erben (dies veniens) voraussetzt. Geht nun, wenn mehrere Onerirte sind, die hypothekarische Klage gegen Jeden auf das Ganze?
6) In welchen Fällen hat der Legatar auch gegen dritte Besitzer ein Klagrecht?
7) In Ansehung der cautio legatorum servandorum, welche der Erbe entrichten muß, wenn das Legat wegen einer Bedingung, deren Erfüllung nicht selbst in der Macht des Honorirten steht, eines Termins oder sonstigen Hindernisses nicht sofort entrichtet werden kann, l. 1. § 6—8. D. 36. 3., fragt sich:
   a) ob der Legatar sie auch dann fordern könne, wenn das Legat streitig ist?
   b) ob sie, wenn sie vom Testirer erlassen oder sogar verboten ist, nicht wenigstens dann gefordert werden kann, wenn der Erbe in Vermögensabfall geräth?
   c) welche besondere persönliche Verhältnisse von der Cautionsleistung befreien?

Zu 1) Nach l. 4. C. 6. 38. ist dann das Legat unter Beiden gleich zu theilen, folglich die alternative wie eine copulative Honorirung zu behandeln.

Zu 2) Die nicht allein zur Zeit der Testamentserrichtung, sondern auch zur Zeit des Anfalls unter der Collectivbenennung zu begreifenden Personen werden darunter verstanden; l. 19. pr. D. 34. 5, Schweppe röm. Privatr. Bd. III. § 885. Nur solche dürfen nicht darunter begriffen werden, von welchen der Testirer bei Errichtung des Testaments geglaubt hat, daß sie nicht mehr am Leben seyen; l. 16. § 3. 4. D. 26. 2. — l. 25. pr. D. 28. 2.

Zu 3) Wenn die nämliche Sache Mehreren vermacht ist, so könnte die Entscheidung entweder dahin gehen, daß der Eine die Sache, der Andere den Werth erhalte, oder dahin, daß sie sich in die Sache zu theilen haben, oder man könnte die frühere Disposition durch die spätere als aufgehoben betrachten. Nach dem älteren R. R. kam es hierbei auf die verschiedenen Arten der Legate an, aber nach l. 33. D. de leg. I. — l. un. § 11. C. 6. 51. haben sich Beide in die Sache zu theilen, wenn sich nicht die Absicht des Testirers für eine andere Auslegung nachweisen läßt; Schweppe l. c. § 885.

Zu 4) Der Legatar muß sich, wenn nicht eine größere Zahl erhellt, mit zwei Stücken begnügen; arg. l. 12. D. 22. 5. — l. 1. D. 33. 3. — l. 40. § 3. D. 50. 16., Schweppe l. c. § 897.

Zu 5) In der Regel kann sich Jeder durch Entrichtung seines Antheils von dem Anspruch des Legatars frei machen, so lange er noch nicht verklagt ist. Wie aber, wenn es schon zur Anstellung der hypothekarischen Klage gekommen ist?

Da der Anspruch des Legatars an die Erben in der Regel nur pro rata hereditaria gilt, l. 54. § 3. l. 124. D. de leg. I. — sagt die gemeine Meinung — so gilt auch das Pfandrecht ungeachtet seiner sonstigen Untheilbarkeit nicht weiter; in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit; l. 1. C. 6. 43., Voet Comm. ad Pand. tit. de legat. no. 41., Stryck de succ. ab intest. Diss. VII. c. 4. § 26.*)

*) Gesterding in s. Ausbeute von Nachforschungen Th. III. S. 206. motivirt diese Ansicht vorzüglich damit, daß er sagt: Bei einem mehreren Miterben auferlegten Legat werden eigentlich mehrere Schulden, folglich auch mehrere Pfandrechte constituirt, mithin komme hier der Grundsatz von der Untheilbarkeit des Pfandrechts gar nicht in Berührung. Dem Legatar sey ein Pfandrecht nur ertheilt an denjenigen Gütern, welche an den mit

Von anderen Rechtslehrern wird jedoch diese Erklärung der l. cit. als mit dem Princip der Untheilbarkeit des Pfandrechts unvereinbarlich verworfen, und der Sinn vorstehender Gesetzesstelle, in quantum etc. im Zusammenhang mit den vorhergehenden Worten dahin ausgelegt: „in so fern Jemand überhaupt mit der Testamentsklage belangt werden kann;" s. v. Ende vermischte jurist. Ausführ. S. 77., Becker D. de act. hyp. legatariis ex l. 1. C. 6. 43. contra cohaeredes competente non ipso jure divisa; Glück P. C. Bd. XIX. S. 176., wo die Gründe und Autoritäten für beide Meinungen umfänglich ausgeführt sind.

Zu 6) Es steht ihm die Vindication gegen den dritten Besitzer zu, wenn ihm eine specielle Sache legirt ist, l. 3. § 2. C. 6. 43. — und eben so die Realklage, wegen eines ihm vermachten jus in re, l. 10. D. 33. 2. — vorausgesetzt, daß der Erbe das jus in re nicht erst bestellen soll; l. 3. pr. D. 7. 1. Wegen legirter Forderungen hat er act. utilem gegen den Schuldner.

Zu 7) Wenn das Vermächtniß nur auf Beweis beruht, so ist es übrigens

zu a) gleichgültig, ob das Vermächtniß gewiß oder streitig ist, l. 3. pr. l. 5. § 2. l. 14. § 1. D. 36. 3., oder ob etwa mehrere an einem Vermächtniß Betheiligte sich unter einander dasselbe streitig machen; l. 16 D. 36. 3.

Zu b) Da es nach l. 12. D. 36. 3. in der freien Willkühr des Erblassers steht, seinem Erben die Caution zu erlassen, so vermögen auch veränderte Umstände nicht, das Verbot des Testirers unwirksam zu machen; l. 18. pr. D. 36. 3. — l. 77. § 3. D. 35. 1. — l. 2. C. 6. 54. Die Praxis moderirt jedoch diesen Satz, wenn es sich um Sicherung eines Fideicommisses handelt, dessen Restitution gewöhnlich in einen entfernten Zeitraum fällt und daher viele nicht voraussehbare Veränderungen eintreten können, rücksichtlich deren man Bedenken tragen muß, die Cautionserlassung des Testirers ad verosimiliter non cogitata zu erstrecken; s. Kap. XI. Fr. 13. vom Universalvermächtniß. Hat der Testator die Caution unter einer unerlaubten Bedingung erlassen, so ist es eben so viel, als wenn er sie nicht erlassen hätte; l. 2. C. 6. 46., s. die deutsche Uebersetzung des Corp. jur. Bd. V. S. 1040. not. 123.

Zu c) Wenn den Eltern Vermächtnisse an die Kinder auferlegt sind, es sey denn, daß sie zur zweiten Ehe geschritten wären, l. 7. D.

---

dem Vermächtniß Beschwerten von dem Vermögen des Verstorbenen gelangt sind; l. 33. pr. D. de legat. II. (31.)

36. 3. — l. 6. § 1. C. 6. 49., oder ihnen vom Testator die Cautionsleistung ausdrücklich auferlegt ist, ibid. Gegen Schweppe, welcher, wie auch Roßhirt von Vermächtnissen Bd. I S. 515. die Cautionsbefreiung auch auf den Fall ausdehnt, wenn Geschwister einander aus dem Testament der Eltern etwas zu entrichten haben, ist zwar von Andern, namentlich Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 308. behauptet worden, daß dies aus der dafür angeführten l. 6. pr. § 1. C. eod. wohl nicht bewiesen werden könne, indessen scheint die l. cit. keinen gegründeten Zweifel übrig zu lassen.*) Unzweifelhaft ist der Fiscus von der Caution frei, l. 1. § 18. D. 36. 3., und aus natürlichen Gründen auch das legatum liberationis; l. 1. § 2. D. 36. 4.

---

§ 7. Von den Gegenständen eines Vermächtnisses.

1) In wie fern gilt das Vermächtniß einer fremden Sache? desgleichen
2) einer Sache, welche zwar nicht extra commercium omnium ist (denn da wäre das Legat entschieden ungültig, wenn der Gegenstand auch in der Folge in commercium käme, cf. reg. Catoniana), aber doch nicht in commercio des Legatars ist? ferner
3) einer Sache, welche schon zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses sich im Eigenthum des Legatars selbst befunden hat?
4) Wenn eine verpfändete Sache vermacht ist, liegt dann dem Erben ob, dieselbe von dieser Haftung frei zu machen? oder auch
5) wenn der Pfandgläubiger sie verkauft hat, dem Legatar die Aestimation zu prästiren?
6) Was hat der Erbe zu prästiren, wenn die vermachte Sache

---

*) Sie sagt nämlich: quotiens pater vel mater filio seu filia, filiis vel filiabus ex aequis vel inaequis partibus institutis, invicem seu simpliciter quosdam ex his, aut quendam rogaverit, qui prior sine liberis decesserit, portionem hereditas suae superstiti seu superstitibus restituere — — et si pater vel mater filio seu filia institutis, sicut supra dictum est, heredibus, rogaverit eos, easve, nepotibus vel neptibus pronepotibus vel proneptibus suis ac deinceps restituere hereditatem — in his casibus fideic. serv. satisdationem cessare jubemus.

beim Ableben des Testators zwar noch existirt, aber nicht in dem vollen Umfang, welchen der Testator meinte?

7) Welcher Zeitpunkt entscheidet bei einer Münzveränderung rücksichtlich ausgesetzter Geldvermächtnisse?

Zu 1) Man muß hier zuvörderst unterscheiden: entweder gehört die Sache dem Erben selbst; dann ist er zweifelsfrei zur Entrichtung derselben an den Legatar verbunden, sobald er die Erbschaft angetreten hat, l. 67. § 8. D. de legat. II.; oder: sie gehört einem Dritten. In diesem Fall haben Viele in dem Canonischen Recht cap. 5. X. de testam. ein Verbot des Vermächtnisses einer fremden Sache zu finden geglaubt, was jedoch nur auf Mißverstand beruhte; Höpfner Instit. Comm. § 562. not. 3. Die gemeine Lehre unterscheidet daher, ob es

a) dem Testator bekannt war, daß die Sache einem Andern gehöre, oder

b) er dies nicht wußte.

Im ersten Fall, wenn seine Wissenschaft erhellt, oder gar bewiesen wird, muß man die vernünftige Absicht des Testators dahin annehmen, daß der Erbe die Sache anschaffen solle; § 4. J. 2. 20., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 887. Hat der Testator den Preis bestimmt, so hat auch der Dritte ein Recht, auf demselben zu bestehen; l. 32. § 2. D. 40. 5. Hatte er nichts bestimmt, so ist der Erbe nach der Meinung Einiger auch der unmäßigsten Forderung des Dritten unterworfen, soweit ihm nur noch die falcidische Quart bleibt; s. Gottschalk D. de legato rei alienae Lips. 1800. Die Meisten aber halten dafür, daß dies über die muthmaßliche Absicht des Testators hinausginge, mithin der Erbe dem Legatar blos den Schätzungswerth zu prästiren habe; l. 71. § 3. D. de leg. I. (30.) — l. 14. § 2. l. 30. § 6. D. de leg. III. (32.)

Im zweiten Fall kann man nur einen Irrthum annehmen, welcher das Legat nichtig macht, quia errantis nulla voluntas est, doch lassen die Gesetze dahin eine Ausnahme zu, daß, wo die Absicht zu begünstigen außer Zweifel ist, der Irrthum im Gegenstand nicht schaden soll. Hierüber verordnet l. 10. C. 6. 37. ausnahmsweise: nisi proximae personae vel uxori vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, et si scisset, rem alienam esse.

Zu 2) Man findet häufig hierüber geradezu gesagt: der Erbe müsse desfalls dem Legatar die Aestimation prästiren; s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 543. (210.) no. 4., Schweppe röm.

Privatr. Bd. V. § 887., Höpfner Instit. Comm. § 560., Püttmann Adversar. jur. Lib. I. cap. 3., Müller ad Leyser Obs. 593. bezüglich l. 40. l. 114. § 5. D. de leg. I. — l. 11. § 10. D. de leg. III. Andere meinen, es käme darauf an, ob der Testator gewußt habe, daß der Legatar das commercium rei legatae nicht habe, oder nicht; s. Cujac. ad l. 34. D. 45. 1. — aber nach den gründlichen Forschungen von Glück D. ad fragm. Julii Pauli ex libro ejus V ad leg. Jul. et Pap. quod extat in l. 49. § 2. D. de leg. II. Erl. 1817., welches der vorstehenden Meinung geradezu entgegensteht, sind folgende Unterschiede zu beobachten:

a) Zuvörderst ist der Fall auszuscheiden, wenn der Testirer Jemandem eine fremde Sache, welche dieser nicht zu besitzen fähig ist, vermacht hat, denn dieser Fall steht unter der besonderen Regel des legati rei alienae, und da kommt seine Fähigkeit oder Unfähigkeit, sie zu besitzen, nicht weiter in Betracht, weil da im Grunde doch nur die Aestimation als vermacht anzusehen ist; l. 40. D. de leg. I. — Hat aber

b) der Testator eine ihm eigenthümliche Sache vermacht, welche jedoch der Legatar zu besitzen nicht fähig ist, so muß man unterscheiden, ob das Hinderniß ein gesetzliches oder ein blos zufällig factisches ist. Im ersten Fall, wenn es dem Legatar eigentlich am commercio rei fehlt, z. B. wenn ich liegende Güter einem Juden vermacht, von deren Erwerb Juden durch die Landesgesetze ausgeschlossen sind, so gilt das Legat nach l. 49. § 2. D. de leg. II. (31.) eben so wenig, als wenn eine Sache vermacht wird, welche extra commercium omnium ist; § 4. J. 2. 20. — l. 39. § 9. u. 10. D. de leg. I. (30.) — l. 14. C. 6. 37. Im zweiten Fall hingegen kann der Legatar allerdings die Aestimation fordern; l. 114. § 5. D. de leg. I. Ist eine militia einem Freien vermacht, so entscheidet l. 49. § 1. D. de leg. II. allgemein dafür, daß die aestimatio prästirt werden müsse; dabei ist es also gleichgültig, ob sie in commercio des Legatars ist oder nicht, dagegen es natürlicher Weise ungültig seyn muß, wenn der Testirer sie wissentlich einem Sclaven vermachte; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 525. not. 1., Puchta Lehrb. § 522., Mackeldey Lehrb. § 708., Roßhirt von Vermächtnissen Bd. I. S. 224. und in der neuesten Ausgabe auch Thibaut System § 901.

Zu 3) Es bestehen zwar hierüber zweierlei Meinungen, indem Einige das Legat für wirksam, und diesen Fall als eine Ausnahme von der

Catonianischen Regel*) ansehen, weil es in l. 1. § 2. D. 34. 7. heißt: item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset; s. Cujac. ad Inst. II. 20. § 10. in Oper. VIII. pag. 997., Göschen Vorlesungen Bd. III. § 1013. Allein ein Widerspruch gegen die bekannte Regel und gegen andere Gesetze, § 10. J. 2. 20. — l. 41. § 2. D. de leg. I. — l. 13. C. 6. 37., läßt sich so leicht nicht annehmen. Derselbe wird vermieden, wenn man nur die angeführte Gesetzstelle nicht so auffaßt, wie sie in der deutschen Uebersetzung des Corp. jur. Bd. III. S. 586. übertragen ist, sondern ein bedingtes Legat darunter versteht, nämlich: „wenn dir ein Gut, welches zur Zeit der Testamentserrichtung dein eigen war, auf den Fall, wenn du es bei Lebzeiten des Testators veräußert haben würdest, vermacht ist, so muß dir das Legat entrichtet werden." Fast alle neueren Rechtslehrer nehmen daher hier keinen Ausnahmsfall von der Catonianischen Regel an. So ist auch die Sache behandelt in v. Zeillers Commentar zum bürgerlichen Gesetzbuch der Oesterreichischen Monarchie Bd. II. S. 601., Wagner Zeitschr. f. Oesterreichische Rechtsgelehrsamkeit Jahrgang 1826. Bd. II. S. 158.

Es lassen sich aber noch mehrere Bedingungen denken, vermöge deren das Vermächtniß einer dem Legatar eigenthümlichen Sache vernünftig und rechtlich bestehen kann. Es scheint daher unrichtig, wenn Manche, z. B. Thibaut System § 903., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 456. (68.), Mühlenbruch Lehrb. § 741. not. y. nur die in gedachter l. 1. § 2. D. 34. 7. vorkommende Bedingung: si eam rem vivo testatore alienaveris, annehmen, denn das Gesetz spricht allgemein: regula Catoniana ad legata conditionalia non refertur; s. v. Vangerow l. c. S. 445.

Es kann auch der Fall seyn, daß die vermachte Sache zwar zur Zeit der Testamentserrichtung sich im Eigenthum des Legatars befunden hat, dieses Eigenthum ihm aber aus einem vorausgehenden Grunde wieder verloren ging, z. B. durch in integrum restitutio des früheren Eigenthümers. Auch da ist das Legat wirksam, sowie überhaupt bei einem dominio revocabili ex tunc; l. 82. § 1. D. de legat. I., v. Vangerow l. c.

So auch, wenn die Sache zwar zur Zeit des errichteten Legats dem Legatar gehörte, aber der Testator damals schon einen Anspruch darauf hatte, daß ihm die Sache tradirt werde. Im letzteren Fall gilt es als

*) Vergl. unten § 10. die Note zu II.

ein legatum liberationis, l. 82. § 1. D. de leg. I., war sie ihm aber schon tradirt, so gilt das Legat um so unbedenklicher; v. Vangerow l. c.

Hat der Legatar die Sache erst nach der Testamentserrichtung an sich gebracht, so ist die Wirksamkeit des Legats auf die Aestimation unbestritten; § 6. J. 2. 20. — l. 108. § 4. D. de leg. I. Hat er sie aber noch bei Lebzeiten des Testators von demselben unentgeltlich erhalten, dann ist der Erbe zu nichts weiter verbunden. Duae causae lucrativae in eundem hominem et eandem rem concurrere non possunt. l. 17. D. 44. 7.

Zu 4) Hierbei kommen die vorhin § 6 a. zur Fr. 14. S. 900. erörterten Grundsätze zur Anwendung; s. Mühlenbruch im civilist. Archiv Bd. XV. S. 393., Brauns Erörterungen zu Thibaut § 759.

Zu 5) Diese Frage ist bejahend entschieden in l. 6. C. 6. 42., wofern nicht eine andere Willensmeinung des Testators bewiesen werden kann.

Zu 6) Das Legat bleibt in diesem Fall, z. B. wenn der Erblasser einen Theil davon bis zu seinem Tod verbraucht hat, noch in dem geringeren Betrag wirksam; l. 108. § 10. D. de leg. I. — l. 8. § 2. D. de leg. II., Schweppe l. c. Bd. V. § 887.

Zu 7) Die zur Zeit der Testamentserrichtung landübliche Münze ist anzunehmen; Struben rechtl. Bed. Bd. II. Bed. 22., v. Hartitzsch Entsch. no. 288.

---

§ 8. Verschiedenheit der Legate in der Art ihrer Errichtung.

a) Prälegat.

Das Prälegat ist ein Vermächtniß, mit welchem ein Theilerbe oder einige oder alle Erben honorirt sind, und durch welches die ganze Erbmasse, also auch der Honorirte selbst als Erbe belastet ist; s. v. Buchholz Lehre v. d. Prälegaten S. 134. Nun steht aber dem letzteren Moment der Grundsatz des R. R. entgegen: heredi a semet ipso legatum dari non potest l. 116. §. 1. D. de legat. I. (30.), so daß nicht nur ein heres ex asse unmöglich ein Prälegat haben,*)

*) Schlägt indessen der Erbe die Erbschaft aus, oder wird sie ihm entrissen, so bleibt ihm das Prälegat, sofern im ersteren Fall die Erbschaftsantretung nicht ausdrücklich vom Testator zur Bedingung für die Erwerbung des Prälegats gemacht war; l. 17. § 2. 3. l. 18. l. 25. D. de legat. I. — l. 40. § 2. D. 38. 2.

sondern auch für einen Theilerben das Prälegat auf seinen Erbantheil nicht als Legat bestehen kann.

Dieses gesetzliche Princip führt zu nachstehenden Folgesätzen:

a) wenn A. und B. mit einander zu Erben eingesetzt sind, und ihnen zugleich ein Gut prälegirt ist, so können sie dieses nicht als Prälegat, sondern lediglich als Erben haben. Ist das Gut nur dem A. prälegirt, so muß B. zwar seine Hälfte am Gut dem A. prästiren, dieser aber behält seine Hälfte nicht titulo legati, sondern zufolge seiner Eigenschaft als Erbe l. 18. § 2. D. 34. 9. — l. 1. § 6. D. 43. 3. — l. 76. § 1. D. 35. 2.

b) Der Erbe, dessen Erbportion mit dem onus restituendi belastet ist, dem aber auch ein Legat verschafft ist, braucht von diesem blos dasjenige nicht herauszugeben, was er von seinem Miterben empfangen hat, soweit es ihm aber als von ihm selbst hinterlassen ist, fällt es an das Fideicommiß; l. 18. D. 36. 1.

Immer wird das, was ein Erbe an sich selbst legatweise zahlen soll, als inutiliter legatum betrachtet, weil man aber dasselbe nicht ganz untergehen lassen wollte, so ließ man es den Collegataren durch Anwachsungsrecht zufallen; l. 34. § 11. D. de legat. I.

Daraus entstehen auffallende Consequenzen in folgenden Fällen: 1) wenn ein heres ex asse mit mehreren Andern zu dem Prälegat berufen ist; l. 34. § 11. D. de legat. I. — 2) wenn nur ein Einziger von zwei oder mehreren Erben zugleich mit mehreren oder Einem Nichterben bei demselben Prälegate concurriren; l. 116. § 1. D. de leg. I. — 3) wenn nur zwei Personen zur Erbschaft zu ungleichen Theilen, und daneben zu demselben Prälegat berufen sind; l. 34. § 12. D. de legat. I.

Z. B. der Erblasser ernannte den A. und B. als Erben zu gleichen Theilen, und daneben vermachte er dem A. zugleich mit 2 Nichterben C. und D. ein Grundstück. Jeder der beiden Erben muß demnach die Hälfte zu diesem Legat beitragen. Nun gestaltet sich die Sache so:

A. kann von der einen Hälfte gar nichts bekommen, weil er ein Legat nicht von ihm selbst bekommen kann, daher dasselbe dem Accrescenzrecht der Collegatare zum Opfer bringen muß. Er erhält daher blos vom B. aus dessen Hälfte gleich den Collegataren C. und D. $\frac{1}{3}$ oder aus dem Ganzen . . . . $\frac{1}{6}$

C. und D. erhalten vom B. die übrigen . . . . $\frac{2}{6}$

dann durch Accrescenz vom A. die Hälfte oder . . . . $\frac{3}{6}$

Sa. $\frac{6}{6}$

s. l. 116. D. de legat. I. und die not. 117—119. in d. deutsch. Uebersetzung des Corp. jur. hierzu.

Wenn A. und B. zusammen zu Erben eingesetzt sind, und zwar A. zu $\frac{1}{12}$ und B. zu $\frac{11}{12}$ und Beiden ein Grundstück prälegirt ist, so muß A. aus obigem Grund sein $\frac{1}{12}$ dem B. überlassen, und umgewandt B. seine $\frac{11}{12}$ dem A., so daß in Betreff des Prälegats das direct umgewandte Verhältniß eintritt, wie in Betreff der Erbeinsetzung; l. 34. § 12. D. de legat. I. Dieses künstliche Gebilde des römischen Scharfsinns scheint uns nun freilich ein bloßes Zerrbild, wogegen sich der gemeine Verstand so gewaltig sträubt, daß von Vielen die heutige Anwendbarkeit des in diese Materie hereingezogenen Accrescenzrechts lebhaft bestritten ist; v. Vangerow im civil. Archiv Bd. XXXV. S. 260. hält zwar dafür, daß so bestimmte gesetzliche Aussprüche sich nicht durch die dagegen erhobenen Bedenken beseitigen ließen, und auch Thibaut behält in der 9. Ausg. seines Systems § 918. die Lehre bei, auf welche nach Braun Erörterungen zu Thibaut S. 691. der sensus communis gewiß nicht gefaßt, daher auch wohl nicht der Wille des Testators dahin anzunehmen ist. Uebereinstimmend ist auch Sintenis pr. Civilr. Bd. III. § 210. S. 719., dagegen Andere behaupten, daß das, was den heutigen Begriffen widerstreitet, auch nicht auf Geltung bei uns Anspruch machen könne; s. die Lehrbücher von v. Wening-Ingenheim u. Schweppe, Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 289., welcher in l. 18. § 2. D. 34. 9. einen starken Gegensatz findet; so auch Claussen i. d. jur. Zeitschr. v. J. 1845. H. 1. S. 144. Insbesondere behauptet Mittermaier deutsch. Privatr. § 469. (Ed. 6.), daß an Orten, wo der Grundsatz: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest nicht gilt, auch das Anwachsungsrecht in der römischen Consequenz nicht vorkomme.

Die früher nicht bezweifelte, von Mühlenbruch aber in Glück P. C. Bd. XLII. S. 241 bestrittene Ansicht, daß in einer divisio parentum inter liberos die einzelnen, jedem Kinde zugewiesenen Vermögensstücke als Prälegate gelten, leidet nach v. Buchholz l. c. S. 240. eine Einschränkung auf den Fall, wenn der Erblasser die Vertheilung in seinem Testament oder Codicill vorgenommen hat, oder in der von Justinian in der Nov. 18. c. 7. u. Nov. 107. c. 3. vorgeschriebenen Form, und wenn er in diesem Falle ausdrücklich die vertheilten Sachen als Fideicommisse oder Legate bezeichnet hat.

Hiernächst ergeben sich folgende Fragen:

1) Wenn die eingesetzten Erben, und unter ihnen ein Prälegatar, omissa causa testamenti als Intestaterben eintreten, müssen dann die Miterben nicht demungeachtet den auf ihre Portionen fallenden Antheil am Prälegat entrichten?

2) Wenn der Erbtheil nur bedingt hinterlassen ist, ist dann diese Bedingung von selbst auch auf das Prälegat zu beziehen?
3) Hat auch der Substitut auf das Prälegat Anspruch zu machen?
4) Kann der Erbe die Erbschaft ausschlagen und das Prälegat doch fordern, und umgewandt das Prälegat ausschlagen, die die Erbschaft aber annehmen?

Zu 1) Nein; s. l. 7. D. 29. 4. So bestimmt auch l. 4. § 11. D. 44. 4., wenn ich von einem Substituirten eine Vergütung dafür bekommen habe, daß ich die testamentarische Erbschaft ausschlug, so werde ich dann, wenn ich vom Substituten das mir im Testament ausgesetzte Legat fordere, mit der exc. doli zurückgewiesen.

Zu 2) Für die Bejahung soll nach der Meinung Mehrerer eine gesetzliche Vermuthung gelten; s. v. Wening-Ingenheim Handb. d. gem. Civilr. Bd. III. S. 224. not. w. w., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 918. not. 7., Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XLI. S. 275., Puchta Vorlesungen Bd. II. S. 429. Allein die Gesetzstellen, auf welche sich diese Meinung stützt, enthalten nur Entscheidungen einzelner Fälle; l. 18. § 1. D. 28. 7. — l. 77. pr. D. 35. 1. — l. 17. § 3. D. 44. 4., besonders, wie v. d. Pfordten Diss. de praelegat. S. 35. u. 38. bemerkt, wo der Erbeinsetzung die Bedingung in favorem libertatis oder emancipationis beigefügt war; wenn man aber auch mit Andern diese Einschränkung verwirft, s. Roßhirt von Vermächtnissen Bd. I. S. 272., Fritz zu Wening-Ingenheim Bd. V. § 70., v. Buchholz l. c. S. 298., so scheint doch immer noch keine allgemeine Vermuthung gesetzlich begründet, v. Buchholz l. c., v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 124. lit. b., daher vielmehr der muthmaßliche Wille des Testators entscheiden muß, z. B. wenn der Testator bei der Erbeinsetzung schon den bestimmten Willen, daß etwas gethan oder unterlassen werden soll, ausgesprochen hat, so brauchte er denselben bei dem weiter von ihm angeordneten Legat nicht zu wiederholen, vielmehr stünde dem Zuwiderhandelnden, wenn er das Prälegat dann doch fordern wollte, exc. doli entgegen; s. v. Buchholz l. c. S. 284. u. 558.

Zu 3) Der im Erbtheil Substituirte ist nicht auch eo ipso in das Prälegat substituirt; l. 32. D. de legat. III.

Viel wird indessen auf die Ausdrucksweise des Testators ankommen, ob z. B. derjenige Erbe, welcher zugleich mit einem Prälegat bedacht

und um die Restitution der Erbschaft gebeten ist, auch das Prälegat restituiren müsse; v. Buchholz l. c. S. 474.

Zu 4) Beides ist von einander unabhängig, wenn nicht aus dem besonderen Inhalt des Testaments eine Unzertrennlichkeit begründet ist, l. 17. § 2. l. 18. l. 87—89. D. de leg. I. — l. 12. C. 6. 37., sowie man auch der Erbschaft durch Indignität verlustig werden, das Prälegat aber darum doch nicht verlieren kann; l. 15. l. 18. § 2. D. 34. 9. Ueber die Verschiedenheit in Behandlung des Falles, wenn der mit einem Prälegat bedachte Erbe die Erbschaft nicht erwirbt, je nachdem die Nichterwerbung Folge der Repudiation, oder Folge davon ist, daß er vor dem Erbschaftsantritt stirbt, wie auch des Falles, wenn der Prälegatar die Erbschaft zwar erwirbt, aber nicht behalten kann; s. v. Buchholz l. c. S. 154. u. 323., v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 426. ꝛc.

---

b) Successives Vermächtniß.

Unter den verschiedenen Abweichungen der römischen von den deutschrechtlichen Familienfideicommissen (s. folg. Kap. XIV.) ist die wichtigste die beschränkte Dauer der ersteren. Es fragt sich indessen hierbei um die Auslegung der Nov. 159. bezüglich der zulässigen Anzahl der Generationen?

Einige nehmen an, das fideicommissum perpetuum sey durch die römischen Gesetze in so weit beschränkt, daß es mit dem vierten Restitutionsfall ein Ende nehme, s. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. S. 357., und erst der fünfte Inhaber frei darüber verfügen könne, wogegen aber Pfeiffer in den prakt. Ausführungen darauf aufmerksam macht, daß das Gesetz nicht von vier Restitutionsfällen, sondern nur von vier Successionsfällen oder Generationen spricht, wenn es die anmaßlichen Vindicanten des Fideicommisses für nicht admissibel erklärt, si post quatuor demum generationes hujusmodi quaestionem produceremus. Z. B. A. errichtet ein Fideicommiß und beruft zum ersten Nachfolger den B., welchem sofort C., dann D., hernach E. succedirt. Hier würde E. schon die fünfte Generation bilden, obgleich erst den vierten Successionsfall. Vergl. übrigens Marezoll in Grolmann und v. Löhr Magazin für Gesetzgebung Bd. IV. S. 203. — Ferner nehmen die meisten Rechtslehrer, Cujac. in expositione Novellar. ad Nov. 159. an der Spitze, und nach ihm Marezoll l. c., Mackeldey Lehrb. § 727. not. e., Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III.

§ 536., Günther Princ. jur. Rom. T. II. § 768., Hugo Rechtsgeschichte S. 850. nach dem buchstäblichen Inhalt der Nov. 159.: „Si tot successiones praeterierint et ultimus heredum *per intervenientem aliquem in medio impuberem* hereditatem capessat," auch das Vorhandenseyn eines Pupillen unter den Zwischenpersonen als Miterforderniß der gesetzlichen Bestimmung an. Bei genauer Betrachtung des Inhalts findet man aber, wie Pfeiffer a. a. O. bemerkt, daß in dem durch die Nov. 159. entschiedenen Fall der impubes, nur um 4 Generationen herauszubringen, mitgezählt werden mußte, wobei aber auf den unwesentlichen Umstand, ob er pubes oder impubes war, nichts ankommt.

Streitig ist zwar auch überhaupt die heutige Anwendbarkeit der gedachten Novelle, welche von Mehreren geläugnet wird, s. Höpfner Instit. Comm. § 604., Thibaut System § 920. (772.), allein, wenn gleich deutschrechtliche Institute nur nach dem einheimischen Recht beurtheilt werden dürfen, so folgt daraus doch nicht, daß auch solche Dispositionen, welche diesen Charakter nicht an sich tragen,*), der Herrschaft des recipirten Rechts entzogen werden dürften, daher wohl mit mehr Grund deren Anwendbarkeit auch noch heut zu Tage behauptet wird; Knipschild de fideic. familiar. nobil. Cap. IX. § 104. u. 122., vorausgesetzt, daß der Testirer nicht ausdrücklich erklärt hat, ein ewiges Fideicommiß zu stiften, oder daß sein Fideicommiß nicht den dem röm. Familienfideicommiß fremdartigen, blos auf den Mannsstamm in splendorem et conservationem familiae beschränkten Charakter eines deutschen Familienfideicommisses hat.

---

§ 9. Verschiedenheit der Legate in Ansehung ihres Gegenstandes.

a) Legatum speciei.

1) Welche culpa hat der Erbe zu prästiren, wenn die legirte Species verloren geht?
2) Wenn neben einer Prinzipalsache auch eine andere als Anhang derselben vermacht ist, und erstere durch Zufall zu Grunde geht, kann der Legatar doch alsdann wenigstens die accessorische Sache verlangen?

---

*) So findet sich in Pütters auserlesenen Rechtsfällen Bd. IV. Th. I. Resp. 376. ein Beispiel eines adeligen Familienfideicommisses, welches der Stifter ausdrücklich auf die vierte Generation beschränkt hatte, und deshalb mit Recht nach den Grundsätzen des Römischen Rechts beurtheilt wurde.

3) Wenn eine im Proceß befindliche Sache vermacht ist, liegt dem Erben oder dem Legatar die Fortführung des Processes ob?

4) Wann nimmt das Eigenthum des Legatars, welchem eine species vermacht ist, seinen Anfang?

Zu 1) S. oben § 6. lit. a. Fr. 13. S. 900.

Zu 2) Der Vermächtnißnehmer einer bestimmten Sache vindicirt mit Recht zugleich dasjenige, was zur vermachten Sache entweder von Rechtswegen (z. B. alluvio, insula in flumine nata) oder durch Bestimmung des Erblassers als Zuwachs hinzugekommen, oder als Pertinenz der Hauptsache zu betrachten ist; l. 24. § 2. D. de legat. I. — l. 39. D. de legat. II. — l. 16. l. 91. § 3—6. D. de legat. III. cf. l. 44. l. 86. ib. Wenn die Principalsache, schon bevor der Legatar das Vermächtniß erworben hat, durch Zufall zu Grunde gegangen ist, so fällt das accessorium auch weg, z. B. wenn das vermachte Haus nicht gefordert werden kann, so kann auch nicht das Hausgeräthe gefordert werden, l. 1. § 1. D. 33. 7. — l. 1. u. 2. D. 33. 8., wem ein Reitpferd mit Sattel und Zeug vermacht ist, der kann, wenn das Pferd gefallen ist, nicht mehr auf Sattel und Zeug Anspruch machen, aber umgewandt kann er das Pferd gleichwohl verlangen, wenn Sattel und Zeug ohne Schuld des Erben verloren gegangen ist. Als legata separata betrachtet das Gesetz: si ancilla cum suis natis legata sit, oder si cum vicariis suis legatus sit servus; l. 3. u. 4. D. 33. 8. Aber auch das accessorium kann in dem Fall gefordert werden, wenn die Hauptsache erst nach dem Tod des Erblassers zu Grunde gegangen ist; s. Höpfner Instit. Comm. § 567. u. not. 2.

Zu 3) Der Erbe ist schuldig, den Proceß fortzuführen, dem Legatar steht aber frei, am Proceß Theil zu nehmen, damit nichts vernachlässiget werde; s. Nov. 112. c. 1.

Zu 4) Unter den verschiedenen Meinungen hierüber, s. Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1551., Höpfner Instit. Comm. § 584., ist wohl die richtigere die: daß zwar das Recht auf das Legat mit dem Tod des Erblassers, das Eigenthum aber erst vom Zeitpunkt der Erbschaftsantretung an erworben werde; l. 44. § 1. l. 69. pr. l. 86. § 2. D. de leg. I., Gesterding Ausbeute 2c. Th. VI. Abth. 1. S. 286. und zwar ohne Tradition per transitum legalem; l. 80. D. de leg. II. Bei bedingten Legaten muß aber freilich die Erfüllung der Bedingung erst hinzugetreten seyn. Unter diesen Voraussetzungen erwirbt der Legatar

die vermachte Sache dergestalt, daß er sie auch von jedem Dritten vindiciren kann.

Pfandrechte, oder einen einem Andern daran zustehenden Ususfruct muß der Erbe, wenn der Erblasser diese Rechte kannte, und nicht einen anderen Willen an den Tag legte, ablösen; § 5. J. 2. 20. — l. 21. D. 22. 3. — l. 6. C. 6. 42. — l. 57. D. de legat. I., Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 326., welcher jedoch den Legatar zum Beweis der Kenntniß des Erblassers schuldig erachtet.

Gehört die vermachte Sache dem Legatar selbst, so kann er in dem Fall Ersatz dafür fordern, wenn er sie erst nach Errichtung des Testaments und zwar nicht ex causa lucrativa und nicht vom Erblasser selbst erworben hat; § 6. cf. § 9. J. 2. 20. — l. 34. § 2. D. de legat. I. (10.)

---

b) Legatum generis, alternativum, optionis.

Dig. XXXIII. 5. de optione vel electione legata.

1) Wenn beim legato generis, dessen Gegenstand eine res non fungibilis ist, der Gattungsbegriff nicht so vag angegeben ist, daß es den unter ihn fallenden Individuen an aller wahren Bestimmtheit fehlt,*) so hat bekanntlich der Legatar in der Regel das Wahlrecht unter den vorhandenen sämmtlichen Stücken, wenn der Testirer nichts darüber bestimmt hat, doch nicht so, daß er das Beste wählen darf, wozu er nur beim alternativen Legat und beim legato optionis, nämlich wenn der Erblasser ihm ausdrücklich das Wahlrecht zugestanden hat, berechtiget ist, er darf vielmehr nur ein Stück von mittlerer Qualität wählen, und er transmittirt dieses Recht der Auswahl, welche aber, wenn sie einmal getroffen ist, unabänderlich bleibt,**) auch auf seine

---

*) So gilt zwar das Vermächtniß eines Hauses, aber nicht eines Grundstücks ohne alle Bezeichnung; l. 69. § 4. D. 23. 3. — l. 71. pr. D. de legat. I. Doch wollen Manche auch Letzteres gelten und nach dem Vermögen des Erblassers, sowie nach Stand und Nothdurft des Legatars arbitriren lassen; s. Höpfner Instit. Comm. § 569. not. 1., Vinnius ad § 22. J. 2. 20.

**) Ausgenommen, wenn er eine Sache aus Irrthum wählte, welche er nicht wählen durfte, l. 2. § 2. u. 3. l. 9. § 1. D. 33. 5., oder wenn die gewählte Sache evincirt wird; l. 29. § 3. D. de leg. III. — l. 58. D. 21. 2., v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 541., Puchta Lehrb. § 523.

Erben; § 23. J. 2. 20. Wie aber, wenn sich ein Gegenstand dieser Gattung gar nicht im Nachlaß vorfindet?

2) Wenn mehrere gemeinschaftliche Legatare zu wählen haben, wie ist dann der Wähler zu bestimmen?
3) Wenn die Wahl vom Testator einem Dritten übertragen ist, und dieser stirbt, wer hat dann das Recht zu wählen?
4) Wie viel Stücke darf der Legatar in Anspruch nehmen, wenn die Zahl vom Testirer unbestimmt gelassen ist?
5) Was ist die Folge, wenn der Legatar die ihm zukommende Wahl ungebührlich verzögert, oder
6) wenn sich der Erbe solches Verzuges schuldig macht?
7) Wenn bei einem alternativen Legat die eine Sache pure, die andere unter einer Bedingung hinterlassen ist, z. B. Sejae decem aut, si pepererit, fundum heres meus dato, wann wird da das Legat erworben?
8) Wenn der Legatar eines von den alternativ legirten Stücken noch bei Lebzeiten vom Testator geschenkt erhalten hat, kann er dann doch das andere noch aus dem Recht des Vermächtnisses fordern?

Zu 1) Wenn der Erblasser diesen Fall vorgesehen, und dem Erben die Anschaffung eines solchen Gegenstandes aufgetragen hat, so beantwortet sich die Frage von selbst.*) Die Auswahl wird dann nach Höpfner Instit. Comm. § 569., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 549. S. 540., vergl. Francke Obs. de jure legator. et fideic. Sect. I. Cap. I. Jen. 1832. dem Erben zuzugestehen seyn, welcher dann aber auch nicht das geringste Stück wählen darf; l. 110. D. de leg. I.

Mangelt es aber an einer solchen Fürsorge des Testators, so ist nach der richtiger scheinenden Ansicht das Legat nichtig.

Die von Mehreren, s. Warnkönig Comm. III. § 1167., Roßhirt von Vermächtnissen Bd. II. S. 14., Mühlenbruch Lehrb. § 744., Höpfner Instit. Comm. § 569. not. 1. und § 571., behauptete Beschränkung dieser Entscheidung auf vermachte Immobilien, dergleichen der Erblasser gar nicht besaß, oder auch nur auf den speciellen

*) Implicite liegt solcher Auftrag in dem Legat: „A. soll ein seinem Stand und Bedürfniß angemessenes Haus in der Stadt X. erhalten;" denn da hatte der Testator vorbedacht, daß ein so bezeichnetes Haus nicht aus seinem Nachlaß zu erholen sey; s. Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 333. Hier ist also l. 71. D. de legat. I. nicht anwendbar; cf. l. 69. D. 23. 3.

in l. 71. pr. D. de leg. I. angeführten Fall, wo ein Haus vermacht war, während im Nachlaß keines vorhanden war, wird als eines zureichenden Grundes entbehrend von Andern verworfen. Die Gründe der Widerlegung s. vorzüglich v. Vangerow l. c., vergl. Puchta Lehrb. § 523. no. 1. S. 579., v. Wening-Ingenheim Lehrb. § 538. (Ed. 4.), Hofacker Princ. jur. civ. § 1494. not. a. Eine andere unhaltbare Distinction s. Höpfner Instit. Comm. § 569. not. 1.

Zu 2) Dann entscheidet das Loos, und der, welchen es getroffen hat, behält die Sache unter Hinausvergütung des Werths an die Uebrigen zum treffenden Antheil; § 23. J. 2. 20. — l. 4. pr. C. 6. 43., Schweppe l. c. § 898. not. 5.

Zu 3) Der Legatar, jedoch eben so wie der dritte Wähler, l. 37. pr. D. de leg. I. mit Beschränkung auf die Mittelsorte, l. 3. § 1. C. 6. 43.

Zu 4) Diesfalls werden deren drei verstanden; l. 1. D. 33. 5., Puchta Lehrb. § 523., v. Vangerow l. c. § 549. S. 542.

Zu 5) Gewöhnlich wird als rechtliche Folge, wenn ein vom Richter vorerst zu präfigirender Termin fruchtlos abgelaufen ist, der Verlust des Legats behauptet, l. 6—8 l. 13. § 1. u. 17. D. 33. 5., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 538. (247.), aber doch wohl wenigstens dann, wenn das Präjudiz nicht ausgedrückt war, oder ein Restitutionsgrund vorhanden ist, mit Einschränkung, nämlich nur unter der Voraussetzung, daß sich nicht mehr Alles in integro befindet; s. v. Vangerow l. c. S. 541.

Zu 6) Dann geht das Wahlrecht unstreitig auf den Legatar über; l. 25. § 17. D. 10. 2., Puchta l. c.

Zu 7) Erst wenn die Bedingung sich entschieden hat; nam pendente conditione non erit electio, nec si moriatur, ad heredem transiisse legatum videbitur; l. 14. pr. § 1. l. 25. pr. D. 36. 2. Deficirt die Bedingung, so fällt das Vermächtniß des einen Objects weg, und es bleibt nur ein einfaches Vermächtniß in Ansehung des andern Objects übrig; s. v. Vangerow l. c. S. 543.

Zu 8) Obgleich nur eine von beiden Sachen vermacht ist, aber doch wegen der gelassenen Unbestimmtheit jede derselben, l. 34. § 14. D. de leg. I., so kann die andere Sache noch aus dem Vermächtniß gefordert werden; l. 84. § 11. D. de leg. I., Puchta Lehrb. § 523. S. 581.

c) Legatum quantitatis.

Dig. XXXIII. 6. de tritico, vino vel oleo legato.

1) Wenn der Testator eine gewisse Quantität vertretbarer Sachen vermacht hat, muß der Erbe sie prästiren, wenn auch weniger oder gar nichts dergleichen im Nachlaß befindlich ist?
2) Wenn der Testator die Qualität bei Gegenständen von verschiedener Güte unbestimmt gelassen hat, wozu kann der Erbe angehalten werden?
3) Wenn die Gegenstände, z. B. Oel, Wein, gewöhnlich in Gefäßen geführt werden, kann der Legatar auch diese fordern?
4) Wenn der Testator Maaß, Zahl oder Gewicht der legirten vertretbaren Sachen unbestimmt ließ, was kann dann der Legatar fordern? und
5) Wenn darunter Alles verstanden werden müßte, was der Testator an solchen Gegenständen bei seinem Ableben hinterlassen hat, ist darunter auch dasjenige begriffen, was derselbe zu fordern hatte, aber ihm noch nicht übergeben war, oder auch, was er zwar verkauft, aber noch nicht abgeliefert hatte?
6) Wenn im Testament dem Erben auferlegt ist, dem Titius und dem Sejus 100 Fl. zu entrichten, ist dies so auszulegen, daß Jedem von Beiden 100 Fl. oder nur Beiden zusammen 100 Fl. zu bezahlen sind?

Zu 1) Beim legato quantitatis kann, wenn eine Quantität ganz allgemein vermacht ist, darauf, ob so viel oder gar nichts von der bezeichneten Art vorhanden ist, nichts ankommen; l. 3. pr. D. 33. 6. und auch die Wahl der Qualität bleibt, wenn diese nicht näher bestimmt ist, dem Onerirten überlassen, der jedoch nicht dem offenbaren Willen des Erblassers zuwider den Legatar verkürzen darf; l. 4. D. 33. 6. Ein Anderes ist es, wenn die Quantität nur relativ vermacht ist, z. B. ich vermache dem N. 100 Eimer *meines* Weins, dann kann der Erbe freilich nicht zu mehr, als wirklich vorhanden ist, verbunden werden; l. 2. § 1. l. 5. D. 33. 6. — *Puchta* Lehrb. § 530., *Mühlenbruch* Lehrb. Bd. III. § 737.

Zu 2) Nach l. 4. D. 33. 6. kann dann der Erbe ganz nach Willkühr bestimmen, und daß diese Stelle zufällig von legirtem Oel

spricht, gibt wohl keinen Grund ab, die gesetzliche Vorschrift mit Mühlenbruch l. c. als ein jus singulare für diese Substanz anzusehen, s. dagegen v. Vangerow l. c. § 550., Puchta l. c. § 530. not. d. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 536. (244.) beruft sich für seine Meinung, daß der Erbe auch da mittlere Qualität geben müsse, auf l. 110. D. de leg. I., welche Stelle aber nicht vom legato quantitatis handelt, und auf l. 1. l. 3. pr. D. 33. 6., wonach, wenn Wein vermacht ist, nicht Essig gegeben werden darf, wenn auch der Hausvater den Essig dem Weine beizurechnen pflegte. Daraus scheint aber, wie Puchta l. c. bemerkt, weiter nichts zu folgen, als daß kein verdorbenes Gewächs gegeben werden darf. Handelt es sich von einem Gegenstand, von welchem es allerlei Sorten gibt, so kommt es auf Interpretation an; l. 1. 2. 3. § 1. l. 9—12. l. 16. D. 33. 6.

Zu 3) Nach l. 3. § 1. D. 33. 6. kann der Legatar auch die Gefäße verlangen, welche gewöhnlich dazu dienen, den darin befindlichen Gegenstand zu verführen oder fortzubringen; v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 536. (244.)

Zu 4) l. 7. pr. D. 33. 6. verordnet, daß der Erbe dann nicht blos so viel geben dürfe, als ihm gut dünkt, sondern Alles, was zur Zeit des Todes des Erblassers vorhanden war; um aber diese Gesetzstelle mit einer andern in Einklang zu bringen, daß bei einer undeutlichen Bestimmung des Quantums das Mindeste zu gewähren ist, l. 43. § 1. u. 3. l. 47. D. de leg. II. — l. 75. D. de leg. III., ist es sehr beachtenswerth, den von v. Vangerow l. c. bemerkten Unterschied der deutschen und lateinischen Sprache wahrzunehmen, indem es in ersterer nicht einerlei ist, ob ein Artikel zugefügt ist; z. B. ich vermache dem Titius den Wein oder meinen Wein, und nicht, ich vermache dem Titius Wein, Oel ꝛc., in welch letzterem Fall mehr für die Arbitrirung der Quantität von Seite des Erben spricht.

Zu 5) Nach l. 34. pr. D. 34. 2. ist das Legat auf dasjenige beschränkt, was wirklich des Testirers Eigenthum bereits geworden ist, und nicht auf dasjenige auszudehnen, worauf er nur eine Klage hatte, oder auf das, was er bereits veräußert, wenn gleich noch nicht abgeliefert hatte; v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 536. (244.), Böhmer Rechtsfälle Th. III. no. 193.

Zu 6) Nach l. 79. D. de leg. I. vergl. mit l. 34. § 9. eod. ist hierin keine Zweideutigkeit, so daß man je 100 verstände, wo 100 gesagt ist.

d) Legatum redituum.

Dig. XXXIII. 1. de annuis legatis et fideicommissis.

1) Ein solches periodisch zu erwerbendes Legat ist als eine Reihe mehrerer Legate *) anzusehen, deren jedes nur mit seinem Anfallstermin erworben, und daher, in so fern nur der Legatar den Anfang der Zeitfrist erlebt hat, auf seine Erben transmittirt wird, sowie auch jede folgende Leistung mit dem Anfang jedes Termins erworben wird; s. Böhmer Rechtsfälle Th. II. no. 104. In Ansehung der Anfallszeit der ersten Terminsleistung kann aber in Frage kommen, ob diese nicht von der Zeit der Erbschaftsantretung abhängig ist? l. 4. l. 5. l. 8. l. 22. D. 33. 1. — l. 10. l. 12. D. 36. 2.

2) Wenn ein solches Rentenlegat, welches im Zweifel für die Lebensdauer des Honorirten gilt, l. 8. D. 33. 1., ausdrücklich mir und meinen Erben hinterlassen ist, ist solches blos von meinen unmittelbaren Erben zu verstehen?

3) Wenn es einer moralischen Person hinterlassen ist, dauert es dann blos 100 Jahre oder für immer?

4) Steht dem Legatar ein gesetzliches Pfandrecht auf der Sache zu, deren Einkünfte zur Entrichtung der Rente bestimmt sind?

5) In wie fern wird der Erbe dadurch, daß er das Rentenlegat einigemal entrichtet hat, mit jeder Einwendung und Anfechtung ausgeschlossen?

6) In wie fern ist das legatum redituum vom legatum ususfructus nominum verschieden in seinen rechtlichen Wirkungen?

Zu 1) Der erste Termin wird im Augenblick des Todes des Erblassers erworben, daher, wenn auch der Erbe erst nach etlichen Jahren die Erbschaft antritt, der Legatar die inzwischen abgelaufenen Termine fordern kann; l. 12. § 3. D. 36. 2. — l. 1. C. 6. 53.

Zu 2) Nein, es geht auch auf die ferneren Erben über, l. 65. D. 50. 16. — l. 22. C. 6. 37., und gilt als eine immerwährende Rente.

---

*) Daraus folgt, daß, wenn in einem Jahr dem Legatar die Erwerbsfähigkeit mangelt, ihm dies für ein folgendes Jahr, wenn er sie in diesem Jahr wieder erlangt, nicht schadet; l. 11. D. 33. 1. — l. 12. pr. § 2. D. 36. 2.

Zu 3) Es ist immerwährend; l. 6. D. 33. 1. — l. 46. § 9. C. 1. 3. Dasselbe gilt auch, wenn das Legat einem jederzeitigen Beamten als solches verschafft ist; l. 20. § 1. D. 33. 1.

Zu 4) Die l. 1. C. 43. 1. läßt wohl keinen Zweifel gegen die Bejahung zu; Glück P. C. Bd. XIX. S. 59 u. 176.*)

Zu 5) Wenn das legatum annuum (insbesondere alimentorum) eine längere, mindestens 3 Jahre betragende Zeit hindurch entrichtet wurde, so wird der Onerirte mit einem Einwand gegen die Gültigkeit des Vermächtnisses nicht weiter gehört; l. 1. C. 6. 42., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 922. a. E..

Zu 6) S. hierüber die folgende lit. h. Nr. 2.: legirte jura in re aliena.**)

---

e) Legatum alimentorum.

Dig. XXXIV. 1. de alimentis vel cibariis legatis.

Dessen singuläre unzweifelhafte Begünstigungen s. die Lehrbücher v. Vangerow Bd. II. § 552., Puchta § 523. no. 6., v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 536. (244.), Schweppe Bd. V. § 923., Böhmer Rechtsfälle Th. III. no. 191. de legato ab herede ex certo praedio praestando non cessante, si heres in perceptione fructuum facto tertii impeditus est. Ist das Maß der Alimente unbestimmt

---

*) Einen merkwürdigen Fall, wo sogar vertragsmäßigen, durch den Reichsdeputationsschluß v. J. 1803 constituirten Renten ein Realrecht eingeräumt wurde, erzählt Kapff in den merkwürdigen Civilrechtssprüchen Bd. I. S. 38. in Sachen des Grafen v. Quadt gegen den Fürsten v. Metternich.

**) Bei dem legato redituum kann es übrigens zweifelhaft werden, ob die reditus blos demonstrationis gratia oder taxative, nämlich auf die wirklich eingehenden Renten eingeschränkt zu verstehen sind; z. B. der Testator sagte: „meiner Ehegattin sollen, so lange sie im Wittwenstand bleiben wird, jährlich 1000 Thlr. aus den Renten meines Guts T. als ein Legat von meinem Erben entrichtet werden." Ist nun im Fall gänzlicher oder theilweiser Insufficienz dieser Renten der Erbe schuldig, das Fehlende aus anderen Erbschaftsmitteln zu ergänzen? Nein; legatum in eadem propositione verbis dispositivis ex reditibus certi fundi relictum hat vim taxationis et limitationis, dagegen, wenn bei einem in propositione antecedente pure verschafften Legat die Bezahlung in der darauf folgenden Proposition aus einem bestimmten fundo angewiesen wird, solches nur demonstrationis causa geschehen erachtet wird; l. 27. § 2. D. de leg. III., Böhmer Rechtsfälle Th. III. no. 191.

gelassen, so ist es ex arbitratu boni viri zu bestimmen; l. 22. pr. D. 34. 1. Ist das Maß bestimmt, so schadet es nichts, wenn das Grundstück, auf welches sie angewiesen sind, weniger abwirft, als der bestimmte Betrag ausmacht; l. 12. D. 34. 1. Ist die Dauer der Alimente im letzten Willen unbestimmt gelassen, so wird in der Regel der Anspruch für die ganze Lebensdauer angenommen; l. 14. pr. D. 34. 1. Sind sie bis zur Mündigkeit vermacht, so wird diese weiter als gewöhnlich hinausgerückt, nämlich beim weiblichen Geschlecht bis zum vollendeten 14ten, beim männlichen bis zum vollendeten 18ten Lebensjahr; l. 14. pr. § 1. D. 34. 1. Wenn der Vertrag oder letzte Wille blos vom Unterhalt spricht, so erstreckt sich die Verbindlichkeit nicht auch auf die Unterrichtskosten; l. 6. D. 34. 1. — l. 3. pr. D. 34. 8., Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. II. S. 571. Ueber die Wirkung des Abzugs der Falcidischen Quart bei dem Alimenten-Legat s. l. 77. D. de legat. II.

f) Vermächtniß einer universitas rerum. *)

Dig. XXXIII. 7. de instructo vel instrumento legato. XXXIII. 8. de peculio legato. XXXIII. 9. de penu legata. XXXIII. 10. de suppellectili legata. XXXIV. 2. de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis.

Die angesehensten Rechtsgelehrten erkennen die angeführten Pandektentitel als Muster des rechtswissenschaftlichen Scharfsinns und mannigfaltige Analogien darbietend an, jedoch wegen des veränderten Sprachgebrauchs nicht unmittelbar für das heutige Recht anwendbar; s. v. Vangerow Pand. Bd. II. § 553., Schweppe Bd. V. § 929., v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 534. (242.) Häufig wird jedoch noch jetzt in Frage kommen:

1) Bestimmt sich der Umfang eines solchen Vermächtnisses nach der Zeit der Testamentserrichtung oder des Todes des Erblassers?
2) Wird unter dem Legat der Mobilien auch das baare Geld begriffen?
3) Wenn alle an einem bestimmten Ort befindlichen Sachen ver-

*) Bei einer universitas juris treten übrigens dieselben Rücksichten ein, wie bei einzelnen Sachen, in so fern nämlich jene als ein Ganzes aufgefaßt wird.

macht sind, muß darunter nur Alles, was sich perpetuirlich, oder auch was zufällig sich da befindet, begriffen werden?

4) Wenn der Testator alle seine Sachen Jemandem vermacht hat, sind darunter auch die jura in re zu begreifen?

Zu 1) In der Regel nach der Zeit des Todes, § 18 u. 20. J. 2. 20. — l. 21. D. de leg. I. — l. 28. D. 36. 2., wenn nicht aus der Ausdrucksweise hervorgeht, daß der Testator nur an dasjenige gedacht habe, was er bei der Anordnung des Legats besaß. Nach l. 7. l. 40. D. 34. 2. dürfte aber letzteres schon angenommen werden, wenn der Testator sagte: vestem *meam* oder argentum *meum* damnas esto dare, denn hac demonstratione *meum* praesens, non futurum tempus ostendit.

Das Legat bleibt übrigens nur so weit wirksam, als beim Tod des Erblassers von der universitas übrig ist, wenn auch dieses keine universitas mehr zu bilden vermag; s. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 534. (242.)

Zu 2) Die Entscheidung dieser Frage ist schwierig, theils weil das Wort Mobilien im gemeinen Sprachgebrauch häufig eine andere als die juristische Bedeutung hat,*) theils weil sich in den Gesetzen kein Beispiel eines legati mobilium findet. Die Römer pflegten sich nämlich bestimmter auszudrücken, entweder durch Beifügung eines Orts, wo sich die zum Vermächtniß bestimmten Sachen befänden, l. 32. § 1 u. 2. D. de leg. II. — l. 41. § 6. l. 64. l. 78. § 1. D. de leg. III., oder durch Bezeichnung der Art von Sachen, z. B. suppellex, aurum et argentum etc. Im ersteren Fall wurde nur dasjenige Geld darunter verstanden, welches bleibend gleichsam als Sparpfennig am bezeichneten Ort aufbewahrt wurde, nicht was zum Ausleihen bestimmt war, und um so weniger die vorhandenen Schuldscheine, l. 41. § 6. l. 44. l. 78. § 7. l. 79. § 1. l. 86. l. 92. § 1. D. de leg. III., als unkörperliche Rechte; Stryck Us. mod. Pand. Lib. XXX. § 43.

Was nun ohne dergleichen nähere Bezeichnung unter Mobilien (nicht Meubles, denn dieser Begriff ist schon bestimmt begränzt, siehe Leyser Sp. 390.) zu verstehen sey, darüber sind die Meinungen ver-

---

*) Wichtig ist in dieser Hinsicht die Bestimmung in l. 69. § 1. D. de leg. III. non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum esse, cum plerique abusive loquantur, nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur, womit auch die Interpretationsregel, daß auf den Sprachgebrauch der Gegend, oder auch des Testators selbst zu sehen ist, übereinstimmt.

schieden, indem die Einen alle körperlichen Sachen, somit auch die Baarschaft darunter verstehen, Voet Comm. ad Pand. Lib. XXX. § 18., Andere dies nur dann zugeben, wenn der Testator sagte: „mein Mobiliarvermögen"; Gottschalk sel. Disc. for. T. I. cap. 1., Curtius Handb. d. in Kursachsen geltenden Civilr. Th. II. § 772. Das Preuß. Landrecht Th. I. Tit. 2. § 10 u. 11. unterscheidet baares Vermögen, und Mobiliar- oder bewegliches Vermögen, unter welch letzterem es „alle beweglichen Sachen begreift, in so fern sie nicht als Pertinenzstücke zu einer unbeweglichen Sache gehören." Das Oesterreichische Gesetzbuch § 674. sagt: „unter Mobilien (Meublen) werden nur die zum anständigen Gebrauche der Wohnung, unter Hausrath oder Einrichtung zugleich die zur Führung der Haushaltung erforderlichen Geräthschaften verstanden." — In den Rechtssprüchen der Halleschen Juristenfacultät von Klein Bd. I. S. 235. wurde angenommen, unter vermachten Mobilien sey nur das, was unter dem Namen Hausrath und Meublen zum bequemen Gebrauch und zur Auszierung der Wohnung und zum Bedürfniß der Hauswirthschaft bestimmt zu werden pflegt, begriffen, davon aber Baarschaften, Juwelen, Kostbarkeiten, Silberwerk, Medaillen, Schmuck und Geschmeide, Kleidungsstücke, Putz, Weißzeug und alle verbrauchbare, besonders alle unkörperlichen Sachen, ingleichen die Moventien ausgeschlossen. Diese Bestimmungen der neueren Gesetzgebungen sind, da sie auf den deutschen Sprachgebrauch*) basirt sind, s. Glück P. C. Bd. II. § 173. S. 520., v. Hartitzsch Entscheidungen prakt. Rechtsfragen no. 247., auch da von Bedeutung, wo sie nicht unmittelbar Gesetzeskraft haben.

Zu 3) Nur dasjenige, was sich gewöhnlich und regelmäßig da befindet, mit Ausnahme der zum Verkauf bestimmten Sachen und der vorhandenen Schuldurkunden; l. 86. pr. D. de leg. I. — l. 41. § 6. l. 44. l. 78. § 1. l. 79. § 1. l. 86. l. 92. D. de leg. III. — l. 32. § 2 u. 5. D. 33. 2. — l. 18. § 12. l. 20. § 6. D. 33. 7. — Böhmer Rechtsfälle Th. III. no. 192., Gottschalk l. c., v. Wening-Ingenheim l. c. Vergl. jedoch oben Kap. III. § 10. S. 707. von Auslegung letztwilliger Verordnungen.

*) l. 4. D. 33. 10. bietet ein Beispiel der Abweichung des römischen vom deutschen Sprachgebrauch dar. Dort heißt es nämlich: rhedae et sedularia suppellectili adnumerari solent. H. z. T. aber werden Wagen und Kutschen so wenig, als Vieh unter Hausmeublen verstanden; s. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Th. III. Abth. II. S. 529. Vergl. Stryck Us. mod. Lib. XXXIII. tit. 10. § 1.

Zu 4) Nur was er in Allein= oder Miteigenthum, nicht worauf er blos ein jus in re hatte, daher auch nicht Sachen, die ihm verpfändet waren; l. 9. § 2. D. 33. 10., v. Wening=Ingenheim l. c.

---

g) Legatum partitionis.

l. 22. § 5. D. 36. 1. legari enim posse etiam portionem hereditatis placet nobis.

Eine Erbschaftsquote konnte entweder in Gestalt eines Legats (partitio legata), oder in der Form eines Fideicommisses verschafft werden. Ob Justinians Gleichstellung der Legate und Fideicommisse blos von Singular= oder auch von Universal=Fideicommissen zu verstehen, mithin die Lehre von der partitio legata eigentlich antiquirt sey, ist controvers. Es bleibt aber nach dem besondern Inhalt eines Testaments die Frage immer noch praktisch, ob der, welchem ein aliquoter Theil der Erbschaft vermacht ist, als Legatar oder als Erbe vielmehr Fideicommissar anzusehen sey? s. civilist. Archiv Bd. II. S. 191., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. IX. S. 269 u. 273., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 556., Höpfner Instit. Comm. § 568., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. § 745. *)

Einen Fall dieser Art s. Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 80.

Nachdem A. mit seiner Ehefrau in einem gegenseitigen Testament auf ihr beiderseitiges Absterben die vier Schwestern seiner Ehefrau zu Erben eingesetzt hatte, verordnete er in einer nach seiner Frauen Tod errichteten anderweiten Disposition: er wolle jenes frühere Testament in Ansehung der von ihm dort geschehenen Erbeinsetzung allerdings vollzogen wissen, hiernächst aber bestimmt er, daß seinen vier Halbgeschwistern die

---

*) Eine hereditatis partitio legata s. fideicommissa wurde von der Leipziger Juristenfacultät in folgendem Fall angenommen: A. setzte 3 seiner Kinder auf den Pflichttheil, die übrigen uneingeschränkt zu Erben ein, in Ansehung der ersteren 3 aber verordnete er weiter: es solle den bereits lebenden und noch erzeugt werdenden Kindern derselben der Betrag dessen zu Theil werden, was in Folge der Berechnung von der ihren Eltern eigentlich, wenn sie nicht auf den Pflichttheil gesetzt worden wären, anfallenden Portion übrig bleibe. Indem nun die Enkel als fideicommissarii particulares betrachtet wurden, blieb die Disposition auch zum Besten der nach des Testators Tod erst erzeugten Enkel wirksam, was nicht der Fall gewesen wäre, wenn sie als directe Erben angesehen worden wären; s. Schwarze u. Heyne Untersuchungen S. 303.

Hälfte seiner Verlassenschaft ohne den mindesten Aufenthalt verabfolgt werden solle, und verordnete noch mehrere Vermächtnisse im Betrage von 700 fl. Nun fragt es sich: sind diese 700 fl. auch den Halbgeschwistern an der ihnen ausgesetzten Vermögenshälfte abzuziehen, oder allein von den ausdrücklich als Erben eingesetzten Schwesterkindern der verstorbenen Ehefrau zu tragen? mit anderen Worten, ist die zu Gunsten seiner vier Halbgeschwister vom Testator getroffene Verfügung für eine directe oder fideicommissarische Erbeinsetzung, oder aber für ein Legat anzusehen? Kapff l. c. entschied sich für Letzteres, in Erwägung, daß der Erblasser in der späteren Verordnung nichts an der früheren Erbeinsetzung geändert hatte, vielmehr diese als in einem testamento reciproco geschehen, für unabänderlich angesehen zu haben schien, und eine fideicommissarische Erbeinsetzung deswegen nicht anzunehmen sey, weil die Halbgeschwister nach der Fassung des zweiten Testaments die ihnen bestimmte Hälfte nicht von den Erben, sondern von dem Erblasser empfingen. Es wurde demnach die den Halbgeschwistern zugewandte Vermögenshälfte als titulo legati verschafft angesehen, und die übrigen Legate von 700 fl. blieben den im ersten Testament eingesetzten Erben zur Last. Vergl. Westphal Abhandl. von Vermächtnissen, die auf einen Theil des Nachlasses gerichtet sind, § 19.

---

h) Legirte jura in re aliena.

1) Wenn Jemandem eine Sache mit dem Beisatz: „zur Benützung" vermacht ist, ist dann der bloße usus fructus oder die Proprietät zugleich mit, folglich die Benützung als Ausfluß des Eigenthums als vermacht anzusehen?
2) Wie unterscheidet sich das Legat der jährlichen Einkünfte eines Guts von dem Legat des Nießbrauchs?
3) Die l. 19. D. 33. 2. und l. 6. pr. D. 7. 5. bestimmt bekanntlich, daß, wenn Einem das Grundstück, einem Andern der usus fructus an derselben Sache vermacht ist, Beide die Nutznießung theilen müssen, wenn der Testator nicht ausdrücklich gesagt hat: Titio fundum detracto usufructu lego; indessen fragt sich, ob dies nicht als dem römischen Formularrecht anhangend und gegen den deutschen Sprachgebrauch streitend h. z. T. unanwendbar, und mehr auf die Absicht, als auf die Worte des Testators zu sehen sey?

4) Wenn nun aber Jemandem die Proprietät detracto usufructu vermacht ist, folglich der usus fructus bei dem Erben bleibt, wie lange behält dieser ihn?

5) Kann eine Servitut auch als stillschweigend vermacht gelten?

Anmerkung. Ob, wenn eine servitus viae oder eine ähnliche Servitut ohne nähere Bestimmung vermacht ist, die Wahl des Ortes dem Erben oder dem Legatar zusteht, s. oben Sachenrecht Kap. III. § 2. A. Weggerechtigkeiten Fr. 2. S. 296.

Zu 1) Die meisten Rechtslehrer nehmen gegen die abweichende Meinung in Merenda controv. Lib. IV. cap. 20. und Galvanus de usufructu cap. 23. an, daß nicht blos die Nutzung, sondern mehr das volle Eigenthum als vermacht anzusehen sey, wenn nicht anders gesagt ist: zum lebenslänglichen Genuß; Voet Comm. ad Pand. Lib. VII. tit. 1. no. 9., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 531. (238.), Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 920. S. 363., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 33. tit. 2. § 4., Leyser Sp. 384. Med. 1. cf. l. 4. l. 22. § 1. D. 34. 1. — l. 15. D. 34. 2.

Zu 2) Ein Legat des Nießbrauchs ist anzunehmen, wenn dieser direct vermacht ist, wodurch der Legatar ein dingliches Recht erhält, daher auch die Gefahr der Capitalien bei dem usufr. nominum trägt; wenn aber das Legat so gegeben ist, daß der Erbe alle Jahre die Einkünfte des Guts dem Legatar abliefern soll, so ist dies blos ein legatum annuorum redituum; der Legatar hat dann nur act. personalem auf jährliche Auslieferung der Früchte gegen den Erben, welcher in der Disposition und im Besitz des Guts bleibt, l. 38. D. 33. 2., und dasselbe sogar verkaufen kann, wenn er den Legatar auf andere Weise für die ihm gebührenden Einkünfte zufrieden stellt; l. 38. l. 41. D. eod. Immerhin hat aber der Erbe, wie bei jedem legato in diem, Caution für den richtigen Abtrag der Zinsen zu leisten, und, wenn er gleich nicht dafür einzustehen braucht, wenn diese ohne seine Schuld inexigibel werden, doch culpam zu prästiren; s. Glück P. C. Bd. IX. S. 192 u. 409., Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. I. no. 33., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. VII. tit. 1. § 9., v. Hartitzsch Entscheidungen rc. no. 246.

Zu 3) Gegen die heutige Anwendbarkeit sprechen Voet Comm. ad Pand. Lib. VII. tit. 1. § 8., Struben rechtl. Bedenken Th. V. no. 110., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1490., Francke Obs. de jure legat. et fideic. spec. I. c. 2. pag. 14., für dieselbe

Glück P. C. Bd. IX. S. 191., Leyser Sp. 384. Med. 3., Müller ad Leyser T. IV. Fasc. I. Obs. 603., Thibaut System § 905. (Ed. 8.), v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 531. (233.), v. Vangerow Pand. Bd. II. § 554., denn der Begriff der mit dem Eigenthum verbundenen Befugnisse ist h. z. T. ja kein anderer geworden. Der legatarius usus fructus kann daher den im Eigenthum begründeten usumfructum nicht ausschließen, so lange nicht bestimmt hervorgeht, daß der Testator den letzteren ausschließen wollte.

Zu 4) Nach Justinians Entscheidung in l. 14. C. 3. 33. nur so lange der Erbe lebt, oder er desselben nicht aus anderen Gründen verlustig wird; er gilt also immer nur für den Erben des ersten Grades. Ob dieser usus fructus formalis wenigstens dann, wenn der unmittelbare Erbe stirbt, ehe derselbe noch in seiner Person den Anfang genommen hat, an die Erben der Erben komme, z. B. wenn der Erbe das Grundstück, von welchem ihm der Nießbrauch vorbehalten ist, dem Legatar erst nach 10 Jahren übertragen soll, oder wenn die Proprietät deducto usufructu sub conditione legirt ist, und der Erbe pendente conditione stirbt, wo er also den usumfructum formalem noch nicht beginnen konnte, weil dieser erst dann begründet wird, wenn er vom Eigenthum getrennt ist, hierüber entscheidet l. 26. D. 33. 2. nach der muthmaßlichen Willensmeinung des Testirers, daß nicht auch dem Erben der Erben der Nießbrauch zugewendet werden wollte; vergl. l. 36. § 1. D. 7. 1., Glück P. C. Bd. IX. S. 316.

Ueber die Möglichkeit von Accrescenz bei dem legato usus s. v. Vangerow l. c. § 554., Griesinger Beweis, daß das Anwachsungsrecht bei der Personaldienstbarkeit des usus stattfinden könne; über die Eigenheiten des Accrescenzrechts beim usus und beim usus fructus formalis s. vorzüglich v. Vangerow l. c., Schneider Anwachsungsrecht bei Legaten S. 283., Glück l. c. S. 282., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 616. Ueber einen anderen hier in Betracht kommenden Fall s. oben S. 670. Kap. III. § 6. zu Fr. 7.

Zu 5) Dies ist der Fall, wenn die vermachte Sache zu einer andern Sache des Testators bei dessen Lebzeiten in einer solchen Verbindung gestanden und benutzt worden ist, daß letztere ersterer diente; l. 1. D. 33. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 531. (235.)

---

i) Legatum debiti, legatum nominis und legatum liberationis.

Dig. XXXIII. 4. de dote praelegata. Dig. XXXIV. 3. de liberatione legata.

1) In wie fern kann es von Nutzen seyn, wenn ich Jemandem das, was ich ihm schuldig bin, vermache? (legatum debiti). — Kann der Legatar nun insbesondere auch dann etwas fordern, wenn ich ihm in der That nichts schuldig bin?
2) Wenn ich meinem Gläubiger die Sache, welche ich ihm zum Pfand gegeben hatte, vermache, ist damit meine Schuld an ihn als vermacht anzusehen, oder muß diese von meinen Erben noch daneben entrichtet werden? deßgleichen wenn ich meinem Gläubiger so viel vermache, als ich ihm schuldig bin, bleibt da doch die Schuld noch neben dem Legat bestehen?
3) Wenn ich Jemandem eine Schuldforderung vermache, welche ich entweder an ihn selbst oder an einen Dritten zu haben behaupte (legatum nominis), so ist dieses Vermächtniß in der Regel unwirksam, wenn die Schuld gar nicht besteht, denn der Erbe ist ja nicht zu einer Gewährleistung, sondern nur dazu verbunden, dem Legatar die Geltendmachung der Forderung zu überlassen, l. 75. § 1 u. 2. D. de leg. I, aber zweifelhaft wird es doch in dem Fall, wenn die Schuld wenigstens zur Zeit der Testamentserrichtung wirklich bestanden, der Testator aber sie späterhin heimgezogen und das Geld anderweit ausgeliehen oder etwas dafür angekauft hat, oder wenn die Forderung nur durch spätere Gegenforderungen, über welche sich der Erblasser mit dem Schuldner nicht berechnet hatte, erloschen ist?
4) Was ist der Legatar zu verlangen berechtigt,
   a) wenn ihm der Erblasser eine ihm gegen irgend Jemand zugestandene alternative Forderung vermacht hat, oder wenn
   b) für jeden der alternativen Gegenstände ein besonderer Legatar ernannt ist?
5) Was hat der Erbe zu prästiren, wenn eine Correal-Obligation Mehreren vermacht ist?
6) Ein Testator hatte also verfügt: „dem A. vermache ich 2000 Thlr., welche derselbe aus denen in R. ausstehenden Capitalien erheben soll." Wenn sich nun diese als inexigibel erweisen, so entsteht die Frage: ist dieses als ein legatum

nominis, dessen Gefahr den Legatar trifft, oder als ein legatum quantitatis pecuniae, welches der Erbe unter allen Umständen zu prästiren hat, anzusehen?

7) Gehören dem, welchem eine Schuldforderung vermacht ist, auch die vor dem Tod des Testators in Ausstand verbliebenen Zinsen?

8) Wird das legatum liberationis ungültig, wenn die Schuld schon bei Lebzeiten des Erblassers vom Legatar heimgezahlt worden ist?

9) Wenn dem Schuldner die Liberation vermacht ist, kommt diese auch dessen Bürgen oder auch den correis debendi zu Statten?

10) Wenn dem Schuldner die Erlassung alles dessen, was er dem Erblasser schuldig geworden ist, vermacht wurde, wirkt diese Liberation auch auf dasjenige, was der Schuldner dem Erblasser erst nach der Testamentserrichtung schuldig geworden ist?

11) Ist das Liberationslegat für entzogen zu achten, sobald der Gläubiger den Schuldner gerichtlich auf Heimzahlung seiner Schuld belangt?

Zu 1) Bin ich wirklich sein Schuldner, so kann ihm mein Vermächtniß gleichwohl in so fern nutzen, als nun seine Forderung an mich zur vollen Liquidität erhoben und der Beweislast überhoben wird, ferner durch Gewinnung eines mit jedem Legat verbundenen Pfandrechts, oder auch durch Purification einer bedingten oder betagten Schuld. Bin ich ihm aber nichts schuldig, habe aber eine bestimmte Quantität unter der Benennung einer Schuld vermacht, so muß mein Erbe sie dennoch an den Legatar auszahlen. Da heißt es: Falsa demonstratio non nocet, l. 25. D. 34. 3. — l. 88. § 10. D. de leg. II. — l. 75. § 1. D. de leg. I. Wenn ich aber gesagt habe: ich vermache dem A., was ich ihm schuldig bin, und bin ihm doch nichts schuldig, dann kann begreiflich aus nichts nicht ein Etwas werden.

Zu 2) Wenn nicht eine andere Intention des Erblassers erwiesen werden kann, so wird darin, daß er dem Gläubiger das gegebene Pfand vermacht, kein legatum debiti vermuthet, vielmehr behält der Gläubiger immer noch seine Forderung neben dem ihm vermachten Pfand. So auch, wenn ich meinem Gläubiger eben so viel vermache, als ich ihm schuldig bin, bleibt neben dem Vermächtniß doch noch seine Forderung an mich bestehen, und also meinem Erben zur Last, wenn nicht eine

andere Intention des Testators bewiesen werden kann; l. 85. D. de leg. II. — l. 16. C. 6. 37., Puchta Lehrb. § 523. no. 10.

Nur wenn der Vater seiner Tochter die dos schuldig geblieben ist, muß sie sich das erhaltene Legat darauf abrechnen lassen; l. 22. § 3. D. 24. 3. — l. 84. § 6. D. de leg. I.

Zu 3) In der Regel ist das Legat eben so unwirksam, wenn die vermachte Schuld noch bei Lebzeiten des Erblassers durch Solution getilgt ist, als wenn sie gar nicht bestanden hat; § 21. J. 2. 20. — l. 75. § 2. D. de leg. I. et si vivus exegissem, extingueretur legatum. Dasselbe muß consequent auch behauptet werden, wenn das legirte nomen sich durch eine von dem Erblasser noch bei Lebzeiten mit dem Schuldner wegen einer Gegenforderung desselben gepflogene Abrechnung gehoben hat. Das Vermächtniß einer nicht wirklich vorhandenen Schuld ist gleich unwirksam, der Gegenstand des Schuldvermächtnisses mag nun entweder nie existirt oder noch bei Lebzeiten des Testators zu existiren aufgehört haben; cf. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. S. 151 u. 325.*) Mit Recht tadelt daher Seuffert in Zu-Rhein und Sartorius Sammlung merkw. Rechtsfälle Bd. II. S. 1. eine contra duas conformes gefällte Entscheidung des K. Bayerischen Oberappellationsgerichts, welche die l. 75. § 1 u. 2. D. de leg. I. nur von dem zweiten Falle verstanden wissen wollte, und hält es nicht für zu gewagt, die Richtigkeit einer andern daselbst S. 5 2c. angeführten Entscheidung, wodurch der Erbe in drei Instanzen gleichförmig zur Entrichtung eines legirten, aber

---

*) Nicht uninteressant scheint folgender Rechtsfall. A. legte seinem Erben B. im Testamente auf, „dem C. 500 Thlr. Legat zu zahlen von denjenigen 1000 Thlrn., die B. ihm, dem A., schuldig sey.“ B. trat die Erbschaft an; auf des C. act. legati personalis leugnete er aber jede Schuld an A. Hier ist kein legatum nominis zu finden. Denn wenn der Erbe selbst der Schuldner des Erblassers ist, so wird durch die Erbschaftsantretung Confusion erzeugt. Wohl aber muß dem Legatar die act. person. ex testam. gegen den Erben auf Das zustehen, was dieser dem Erblasser schuldete, l. 21. D. 34. 3., wobei er jedoch die Existenz der Forderung und deren Betrag beweisen muß; arg. § 4. J. 2. 20. Die Erbschaft wurde durch das Legat vermindert, was eben den Charakter des Vermächtnisses ausmacht. Die Erwähnung der Forderung des Testirers an den Erben kann nicht als bloße demonstratio, als bloße Anweisung des Zahlungsmittels angesehen werden, sondern das Vermächtniß erscheint arg. l. 72. D. 35. 1. als eine von dem Testirer an den Gewinn, welchen der Erbe durch Confusion machen würde, geknüpfte Last, welche das Bestehen einer solchen Forderung voraussetzt; mithin hat der Legatar den Beweis der Existenz derselben, als der Bedingung der Gültigkeit des Vermächtnisses, zu übernehmen; s. Erk. d. O. A. G. in Jena im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1852.

nie existent gewesenen Capitals verurtheilt wurde, ungeachtet der tres conformes noch in Zweifel zu ziehen. Nur so viel kann rücksichtlich einer vermachten, aber bei Lebzeiten des Schuldners und erst nach der Testamentserrichtung abgezahlten Schuld zugestanden werden, daß die begleitenden Umstände es zweifelhaft machen können, ob der Erblasser den Gegenstand des Vermächtnisses mit oder ohne die Absicht, das Legat zu extinguiren, eingezogen habe. Dann aber muß der Legatar beweisen, daß die Einziehung nicht in dieser Absicht geschehen sey; l. 31. § 3. D. 34. 4. Eine gesetzliche Vermuthung kommt ihm aber dann zu Statten, wenn der Erblasser das vom Schuldner ihm von freien Stücken heimgezahlte Geld zurückgelegt und besonders aufbewahrt hat; l. 11. § 13. D. de leg. III. Mehrere Vermuthungsgründe läßt das Preuß. Landrecht Th. I. Tit. 12. § 411 u. 413.*) zu, welche gemeinrechtlich wenigstens dann nicht ganz unberücksichtiget bleiben dürften, wenn man mit Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 925. S. 372. not. 3. anzunehmen geneigt ist, daß hiebei vieles auf verständigem Ermessen des Richters beruhe. Unstreitig ist übrigens, daß das legatum nominis durch eine mit demselben vorgenommene Novation nicht aufgehoben werde;

*) Wird die Schuld nur durch Gegenforderungen aufgehoben, die nach dem Zeitpunkt, da das Legat ausgesetzt worden, entstanden sind, und worüber sich der Erblasser mit dem Schuldner nicht berechnet hatte, so kann der legatarius den Betrag des Hauptstuhls aus der Masse fordern. Eben das gilt, wenn der Testator das für die vermachte Schuld eingegangene Geld sogleich in eben derselben oder minderen Summe wieder ausgeliehen hat. Es wird im ersten Fall angenommen, daß sich das Vermächtniß der Schuldforderung in ein Geldvermächtniß aufgelöst habe; s. Bielitz Commentar Bd. III. S. 164. Im letzteren Fall mag auch wohl in einigen Betracht kommen, daß das Object des Vermächtnisses ja doch in die Hände des Erben gelangt ist; entscheidend wäre dieser Grund nach den übereinstimmenden Gesetzen, l. 75. § 2. l. 85. § 5. D. de leg. I. — l. 21. D. 34. 3., doch nur dann, wenn die Forderung erst nach dem Tod des Erblassers sich so aufgehoben hätte, daß der Betrag derselben an den Erben kommt. Das Oesterreichische Gesetzbuch bedingt den vermutheten Widerruf eines Legats lediglich an eine Handlung freier Willkühr von Seite des Erblassers, wodurch die Existenz des Gegenstandes aufgehört hat: § 724. „Ein Legat wird für widerrufen angesehen, wenn der Erblasser die vermachte Forderung eingetrieben und erhoben; wenn er die Jemandem zugedachte Sache veräußert und nicht wieder zurück erhalten, oder wenn er sie auf eine solche Art in eine andere verwandelt hat, daß die Sache ihre vorige Gestalt und ihren vorigen Namen verliert." — § 725. — „Wenn aber der Schuldner die Forderung aus eigenem Antriebe berichtigt hat, wenn die Veräußerung des Legats auf gerichtliche Anordnung geschehen, wenn die Sache ohne Einwilligung des Erblassers verwandelt worden ist, so besteht das Legat."



l. 76. § 3. D. de leg. II., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 532. (237.), Schweppe l. c.

Zu 4) Es ist zu unterscheiden:

zu a) ob die alternative Forderung von der Art ist, daß der Schuldner oder daß der Gläubiger die Wahl hat. Im ersten Fall, und wenn nicht die Forderung selbst, sondern nur einer der alternativen Gegenstände vermacht ist, kann der Legatar nur vom Erben verlangen, daß er die Forderung geltend mache, und dann hängt es von der Wahl des Schuldners ab, ob der Legatar etwas erhält oder nicht; l. 75. § 4. D. de leg. I. — l. 50. § 1. D. de leg. II., v. Buchholz Lehre v. d. Prälegat. S. 599. Hat aber der Gläubiger die Wahl, so hat sie auch der Legatar.

Zu b) In diesem Fall erhält der eine von den beiden Legatarien die Forderung, der andere die Aestimation seines Gegenstandes von dem Erben; l. 76. D. de leg. I., Puchta Lehrb. § 523. no. 8.

Zu 5) Hierüber entscheidet l. 82. § 5. D. de leg. I. also: „Jemandem sind Cajus und Lucius zusammen eine Summe Gelds schuldig; wenn er nun folgende Vermächtnisse macht: was mir Cajus schuldig ist, soll mein Erbe dem Sempronius geben; was mir Lucius schuldig ist, soll mein Erbe dem Maevius geben, so hat er seinen Erben in die Lage gesetzt, daß er dem Einen seine Klagen gegen Cajus und Lucius abtreten und dem Andern den Werth der Forderung zahlen muß."

Zu 6) Unzweifelhaft ist wohl der Grundsatz: heres in legato nominis legatario evictionem non praestat, nisi nomen saltem demonstrationis causa adjectum sit. Ob aber Letzteres der Fall ist oder nicht, wird in der Beurtheilung je nach der Wortfassung nicht selten zweifelhaft; s. l. 88. § 8. D. de leg. II. Haubold de legato nominis meint, es komme darauf an, ob beides in Einem Satz oder disjunctive ausgedrückt sey; cf. Müller ad Leyser T. IV. Fasc. I. Obs. 611. In dem der Frage unterstellten Fall erkannte der Schöppenstuhl in Jena auf unbedingte Leistungsverbindlichkeit des Erben, wogegen jedoch Schmidt in den hinterlassenen Abhandl. prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 278. dem Erben den Beweis noch offen läßt, daß der Erblasser das Legat überall nicht angeordnet haben würde, wenn er gewußt hätte, daß die ausstehenden Schulden inexigibel würden; arg. l. 72. § 6. D. 35. 1. Leyser Sp. 393. Med. 2. erzählt folgende Disposition eines Erblassers: meinem Bruder vermache ich 200 Thlr. Species, welche ihm baar aus meiner Erbschaft bezahlt werden sollen, und 1000 Thlr. Münz, welche er aus den T'schen Zinsen erheben soll. Da der debitor assignatus zahlungsunfähig befunden wurde, so verlangte der Legatar die 1000 Thlr. vom Erben. Die Wittenberger Facultät urtheilte conform

mit den Gerichten in Frankfurt, der Erbe sey von der Klage zu entbinden, wofern nicht der Legatar beweisen würde, daß der Erblasser die 1000 Thlr. allenfalls aus der Erbmasse prästirt wissen wollte; Leyser fügt indessen bei: at nunc, re rectius cogitata, dubitare incipio, an secundum leges tum judicaverimus, und gewiß wäre es den Gesetzen angemessener gewesen, die angewiesenen Capitalien nur demonstrationis causa beigesetzt zu betrachten; l. 27. § 2. D. de leg. III. — l. 12. D. 34. 1. — Einen ähnlichen Fall s. Zu-Rhein u. Sartorius Samml. merkwürdiger Rechtsfälle Bd. I. S. 1. Der Testator hatte verordnet: „meiner Köchin sollen bis an das Ende ihres Lebens von den Zinsen des bei der Gemeinde A. angelegten Capitals von 1200 Fl. jährlich 50 Fl. gegeben werden.“ Nun hatte aber der Testator gar kein Capital bei der Gemeinde A. angelegt gehabt; er war erst nach Errichtung des Testaments dahin gezogen, wollte vielleicht ein Capital da anlegen, starb aber in der ersten Woche seines dortigen Aufenthalts, jedoch mit Hinterlassung einer Baarschaft von etlichen Tausend Gulden. Der oberste Gerichtshof entschied gegen zwei conforme Erkenntnisse, durch welche die legataria abgewiesen war, für ein legatum alimentorum mit unrichtiger Anweisung des Fonds, welche aber als falsa demonstratio der Gültigkeit des Legats selbst nicht schade.

Diese Entscheidung wäre unzweifelhaft rechtsgemäß gewesen, wenn der Testator gesagt hätte: meine Köchin soll jährlich zu ihrem Unterhalte 50 Fl. bekommen; diese 50 Fl. soll mein Erbe aus den Abzinsen des bei der Gemeinde A. angelegten Capitals nehmen. In diesem Fall wäre l. 12. D. 34. 1. ganz anwendbar gewesen. Allein der Erblasser hatte die Zinsen des fraglichen Capitals nicht als Mittel zum Zwecke der Erfüllung, sondern geradezu als den Gegenstand des Vermächtnisses selbst bezeichnet. Die Erwähnung der Zinsen des bei der Gemeinde A. angelegten Capitals hat nicht blos die Eigenschaft einer falsa demonstratio; denn sie erscheint nach der Fassung des Testaments nicht als Nebenbezeichnung oder Nebenbestimmung, sondern sie enthält die hauptsächliche unmittelbare Angabe des dem Legat bestimmten Gegenstandes. Aus diesen Gründen hält Seuffert die Entscheidung den Rechten nicht gemäß; s. Zu-Rhein l. c. Bd. II. S. 1., cf. l. 75. § 2. D. de leg. I. inter falsam demonstrationem et falsam causam multum interest.

Zu 7) Unstreitig; l. 34. pr. D. de leg. III. sagt: videri universam ejus nominis obligationem legatam.

Zu 8) Es ist nun, ungeachtet vieler früherer gelehrter Streitigkeiten, über welche auch Braun in seinen Dictaten zu Thibaut § 754. nur trübe sieht, wohl als ziemlich allgemein anerkannt zu erachten, daß die

Liberation von einer nicht existirenden Schuld, sollte diese auch vom Testator in Zahlen oder sonst ausgedrückt seyn, wirkungslos bleiben müsse; s. besonders Arndts ad leg. 25. Dig. de liberatione legata Diss. Berol. 1825., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. VIII. S. 300., Gottschalk Discept. for. T. III. no. 2. und die Lehrbücher von Schweppe, v. Wening-Ingenheim, Puchta § 532., v. Vangerow Bd. II. § 555. u. a. m.*)

Dies gilt sowohl, wenn der Testator seinen eigenen Schuldner, als wenn er den Schuldner eines Dritten liberirt, welchen der Erbe dann statt des Schuldners befriedigen müßte, wenn die Schuld wirklich bestände, s. Geiger u. Glück Rechtsfälle Bd. I. no. 2., und die von Manchen für den ersten Fall gemachte Distinction, ob der Testator die Schuld, welche früher wirklich bestanden hatte, aus Noth oder ohne Noth eingezogen hat, s. Höpfner Instit. Comm. § 563., Crell Diss. legatum liberationis solutione spontanea non extingui § 3., vid. ejusd. Diss. et Progr. Fasc. VII. no. 52., läßt sich aus den Gesetzen nicht begründen; l. 7. § 4. l. 21. pr. D. 34. 3. — l. 187. D. 50. 16.

Zu 9) Die Liberation kommt allerdings den Bürgen zu Statten, in so fern sie einen Regreß an den Hauptschuldner haben, ausgenommen, wenn sie socii sind, denn correis debendi kann sie nicht zu Gute kommen; l. 2. pr. l. 5. pr. D. 34. 3. — l. 31. § 3. D. eod., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 532. (238.), Schweppe l. c. Bd. V. § 928.

Zu 10) Das Legat der Schuldbefreiung kann nicht auf später erst entstandene Schulden ausgedehnt werden; l. 28. § 1. l. 31. § 4 u. 5. D. 34. 3. — v. Wening-Ingenheim l. c.

Zu 11) Zwar erachten mehrere Rechtsgelehrte in diesem Fall das Legat für factisch widerrufen, s. Struv D. de tacita legatorum ademtione § 49., Westphal System der Lehre von den einzelnen Ver-

*) Vergl. auch Wächter in der Tübinger krit. Zeitschr. Bd. II. S. 186., Bynckershoeck Obs. VI. 25., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. II. S. 294. zur Erklärung der einschlagenden Gesetze l. 75. § 1 u. 2. D. de leg. I. — l. 25. D. 34. 3. Eine andere als diese auf den muthmaßlichen Willen des Erblassers gegründete Entscheidung würde nur durch ganz besondere Umstände gerechtfertiget werden. Z. B. der Erblasser will jedem seiner Brüder, A. und B., 1000 Fl. vermachen, dem A. soll sie der Erbe zahlen, dem B. eine Schuld von 1000 Fl. nachlassen. Er irrte sich, der B. war nichts schuldig, hier muß der Erbe auch dem B. zahlen. Dies gilt aber auch beim legato nominis unter gleichen Umständen; cf. l. 21. pr. D. 34. 3. — l. 7. § 2. 4. l. 24. pr. l. 31. pr. eod. — Arndts l. c. pag. 9. etc.

mächtnißarten ꝛc. P. I. Sect. V. § 205., Voet Comm. ad Pand. Lib. XXX. § 23.; doch möchte die Meinung überwiegen, daß die Eintreibung der Schuld nicht immer und absolut für ein hinlängliches Zeichen der Willensänderung gelten könne; Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 34. tit. 4. § 12., Haubold Diss. de legato nominis § 10., Crell Diss. cit. § 3. in ej. Diss. et Progr. Fasc. VII. no. 52. Nur von der wirklich eingetriebenen Schuld sagen die Gesetze: tunc evanescit legatum liberationis; l. 7. § 4. l. 21. pr. D. 34. 3.*) Bei dem legato nominis finden sich sogar Beispiele, daß selbst die vollzogene Eintreibung der vermachten Forderung nicht immer animo adimendi legatum geschehen könne; l. 11. § 13. D. de leg. III. — l. 23. l. 31. § 3. D. 34. 4. Man muß daher wohl mit Gottschalk Disc. for. Tom. III. pag. 23 etc. annehmen, daß nicht aus dem factum exactionis, sondern aus den Umständen, unter welchen es geschehen, die Entscheidung zu schöpfen sey, und auch dabei kommt noch wohl in Betracht, wie Gottschalk lehrt: in aestimanda autem testatoris voluntate inprimis est cavendum, ne alius liberetur, quam cui commodo esse ipse voluerit, worüber folgender instructiver Fall angeführt wird. Eine Mutter hatte im Concurs ihres Sohnes mehrere Forderungen eingeklagt; bald nachher aber in einem Testamente ihre Kinder zu Erben eingesetzt, mit dem Anfügen: „Sollten bei meinem Ableben in meinem Nachlaß Rechnungen, Obligationen und Wechsel sich vorfinden, aus welchen sich ergäbe, daß meine jetzt lebenden Kinder oder deren Ehemänner von mir baares Geld geliehen erhalten oder Waaren käuflich empfangen und nicht bezahlt haben, so sollen alle diejenigen Rechnungen, Obligationen und Wechsel, welche von einem früheren Dato sind, als dieses Testament, hiemit annullirt seyn und nicht die mindeste Zahlungsverbindlichkeit haben."

Das Concursgericht fand sich veranlaßt, eine Convocation der Gläubiger zum Zweck ihrer unter sich zu treffenden gütlichen Massavertheilung zu veranstalten, hier protestirte nun aber die Mutter gegen einen Erlaß ihrer Forderungen. Der Concursproceß nahm also seinen Fortgang. Im Stadium des Beweises, welchen die Mutter über die Richtigkeit ihrer Forderungen führen sollte, starb sie. Nachdem nun ihre Kinder den Beweis an ihrer Statt angetreten hatten, erhob der Contradictor aus Anlaß des mittlerweile zur Publication gelangten Testaments die Einrede der Remission, wurde aber durch Erkenntniß zweier Instanzen abgewiesen.

---

*) Sehr richtig erfordert auch das zur Fr. 3. angeführte österreichische Gesetzbuch nicht nur, daß der Erblasser die Schuld eingetrieben, sondern daß er sie auch erhoben habe; s. v. Zeiller Commentar zu § 724.

Die Entscheidungsgründe lauteten: „Bei dem Liberationslegat müsse hauptsächlich darauf Rücksicht genommen werden, zu wessen Besten die Befreiung ertheilt sey, die Mutter hatte aber ausdrücklich den Erlaß der Forderung zum Besten der übrigen Gläubigerschaft ihres Sohnes verweigert, mithin konnte die angeführte Stelle ihres Testaments blos zum Besten ihrer Kinder ausgelegt werden, und es konnte dagegen nichts entscheiden, daß zur Zeit, da sie das Testament errichtete, der Concurs über das Vermögen ihres Sohnes schon ausgebrochen war, denn sie konnte demungeachtet hoffen, die beabsichtigte Fürsorge für ihre Kinder zu erreichen. Der Ausgang des Concurses stand ja wohl im Weg der Güte noch bei ihren Lebzeiten zu erwarten und dann konnte das Liberationslegat bei der Erbtheilung doch ihrem Sohne selbst zum Vortheil gereichen."

---

k) Legatum dotis constituendae.

Bei demselben kann, wenn einem ledigen Frauenzimmer etwas zum Heirathsgut vermacht wird, die Frage entstehen:

1) ob dasselbe im Zweifel als ein bedingtes oder als ein Vermächtniß sub modo anzusehen sey?
2) Kann dasselbe auch dann gefordert werden, wenn die Ehe durch Schuld eines Theils nicht zu Stande kommt?
3) Gilt dasselbe auch dann, wenn eine bestimmte Summe oder ein Gegenstand des Heirathsguts nicht angegeben ist?

Zu 1) Die Wortfassung muß zwar hierüber hauptsächlich entscheiden; es ist daher zunächst quaestio facti. In dem Fall, wenn der Vater seiner Tochter ein Heirathsgut vermacht, will v. Ende in den jurist. Ausführungen no. XXIII. unstreitig ein legatum purum angenommen wissen, es ist aber in der dafür angeführten l. 71. § 3. D. 35. 1. nur so viel zu finden, daß die dos alsdann der Tochter verbleibt, wenn der ihr vom Testator ausersehene Mann sie nicht heirathen will. Eher kann wohl beim instructus muliebris ein legatum purum angenommen werden, weil dieser nicht in nothwendiger Beziehung zur Verehelichung steht, sondern auch in anderen Fällen zweckerforderlich ist, z. B. bei Aufnahme der Tochter in ein Stift, Kloster, zur Errichtung eigenen Haushalts; Nov. 123. § 37., v. Ende l. c., Glück P. C. Bd. XXIV. S. 434. Uebrigens geht der Streit blos dahin, ob conditio oder modus anzunehmen sey, scheint aber von keiner großen Erheblichkeit, weil doch der

modus eben so wie conditio erfüllt werden muß. Die Autoritäten für die eine, wie für die andere Meinung s. die Lehrbücher von v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 533., Schweppe Bd. V. § 924., Höpfner Instit. Comm. § 565. not. 1., Walch Controv. jur. civ. pag. 247.

Zu 2) Der Mann kann dasselbe begreiflicher Weise nicht fordern, weil für ihn ein Heirathsgut absolut nicht ohne Ehelichung erworben werden kann, wohl aber die Frauensperson, wenn sie nicht Schuld trägt, daß die Ehe nicht zu Stande kam; l. 71. § 3. D. 35. 1. — l. 43. D. de leg. III., Westphal von einzelnen Vermächtnissen § 275., v. Wening-Ingenheim l. c.

Zu 3) Allerdings, indem dann die Bestimmung der Größe ein Gegenstand des arbitrii boni viri ist; l. 43. D. de leg. III.

---

§ 10. Wegfall des Vermächtnisses und Folgen hievon; insbesondere vom Accrescenzrecht.

Ein Vermächtniß kann wegfallen:

I. wenn es caducum wird, z. B. durch später eingetretene Unfähigkeit des Legatars, ein Legat zu erwerben, oder durch dessen früheren Tod, oder durch den Nichteintritt der beigefügten Bedingung;

II. durch Ungültigkeit des Testaments *) — wenn gleich der Grund der Ungültigkeit zunächst nur die Erbeinsetzung betrifft, l. 1. § 1. in f. D. de leg. III. — l. 2. C. 6. 39. — l. 181. D. 50. 17.

---

*) Dabei kommt vorzüglich die Frage in Betracht, ob die regula Catoniana — ihre unbestrittenen Ausnahmen abgerechnet — überhaupt noch im Justinianeischen Recht Geltung habe? Von neueren Rechtsgelehrten verneinen dies: Schömann Handb. Bd. II. S. 168., Löhr Magazin Bd. III. S. 196., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. XI. S. 270., Guyet Abhandl. aus dem Civilr. no. 5., Thibaut System § 959., Hugo Rechtsgeschichte S. 1003 u. 1026., Schilling Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte S. 24., Valett Lehrb. § 1108. Dagegen wird die von den älteren Rechtsgelehrten schon dieser Regel widerfahrene bleibende Anerkennung neuerlich gerechtfertigt von Harnier Diss. de reg. Caton. Heidelb. 1820., Mackeldey Lehrb. § 721., Zimmern in Schunk's Jahrb. Bd. XII. S. 45., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 413. u. im civil. Archiv Bd. X. S. 328., Müller daselbst Bd. XIV. no. 13., Arndts im Rhein. Museum Bd. V. no. 9., Schroeter Obs. jur. pag. 103., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 882., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. § 778., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 472. (103.), Göschen Vorlesungen § 1006., Puchta Lehrb. § 516., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 540.

cf. l. 9. D. 26. 2., Arndts Rechtslex. Bd. VI. S. 301. — oder auch der Anordnung des Legats selbst, z. B. wegen Verstoß gegen das Sct. Libonianum, wegen mangelnder testamentifactio des Honorirten, wegen gänzlicher Unverständlichkeit der Anordnung, und sonst dergleichen legata, quae pro non scriptis habentur;

III. durch das Hinwegfallen des Onerirten wird zwar gewöhnlich auch das Vermächtniß ungültig, aber doch nicht immer, es fragt sich demnach: in welchen Fällen dasselbe gleichwohl bestehen bleibt?

Ohne Bedenken kann man dies behaupten:

a) wenn dem ausfallenden Erben ein Anderer vulgariter substituirt ist, denn dann muß dieser im Zweifel die dem institutus auferlegten Vermächtnisse präsliren, in so fern nicht der entgegengesetzte Wille des Testators ausgesprochen ist, oder sonst aus den Umständen erhellet; l. 74. D. de leg. I. — l. 5. D. 28. 6.

b) Wenn ein gültig errichtetes Legat ex post wegfällt, muß der Erbe die mit diesem ihm nun heimfallenden Legat verbundenen onera entrichten; l. 29. D. de leg. II. Dagegen von Vermächtnissen, welche von Anfang an ungültig sind, sagt Justinian, sie verbleiben dem Erben, ohne daß dieser die hinwiederum dem Legatar auferlegten Vermächtnisse zu entrichten braucht. Doch ist hievon der Fall ausgenommen, wenn das onerirte Legat aus dem Grund ungültig ist, weil der Legatar es sich selbst im Testament zugeschrieben hat; denn die Strafe des Sct. Liboniani kann natürlich nur den Legatar, welcher dagegen fehlte, und nicht auch den unschuldigen zweiten Vermächtnißnehmer treffen; l. 5. D. 34. 8. Auch der Intestaterbe, welcher ein ihm durch ein Codicill auferlegtes, aber hinwegfallendes Vermächtniß behält, muß die diesem auferlegten onera eben so wie der Testamentserbe prästiren, wenn nicht das onerirte Vermächtniß pro non scripto zu achten war; cf. l. 61. § 1. D. de leg. II. — l. 4. C. 6. 49. Dies ist aber nur von demjenigen Intestaterben zu verstehen, welchen der Erblasser als den ihm zunächst stehenden wirklich honorirt hat; denn kommt dieser nicht zur Succession, sondern ein Nachstehender, so hat dieser keine Obliegenheit dazu, l. 1. § 9. D. de leg. III., sofern nicht der Testirer das Vermächtniß generell angeordnet hat, ohne einen bestimmten damit belasteten Intestaterben zu bezeichnen; l. 3. pr. l. 16. D. 29. 7.

c) Wenn ein Erblasser einen Intestaterben als seinen alleinigen Erben beschwert, während dieser nicht allein, wie der Erblasser

bei Errichtung des Legats geglaubt hatte, sondern mit Andern succedirt — welche etwa erst später nachgeboren, oder todt geglaubt wurden, so kann der nicht onerirte Miterbe gar nicht, der wirklich onerirte aber nur pro parte verpflichtet seyn, aber auch diese Verpflichtung fällt weg, wenn das Vermächtniß untheilbar ist; l. 19. D. 29. 7. — l. 77. § 29. D. de leg. II. — l. 11. § 2. D. 35. 2. — l. 75. pr. D. 36. 1., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 913.

d) Von der — wie früher bemerkt wurde — auch bei der Abstention eines sui geltenden Regel: si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur, gelten zu Gunsten der im Testament oder in einem testamentarischen Codicill angeordneten Vermächtnisse folgende Ausnahmen:

1) wenn dem Testament die Codicillarclausel beigefügt war, d. h. wenn der Testirer ausdrücklich für diesen Fall die Intestaterben onerirte; vorausgesetzt, daß die Formen und übrigen Erfordernisse eines Codicills beobachtet wurden. Doch hilft die Codicillarclausel nicht, wenn das Testament durch die qu. inofficiosi rescindirt wird; l. 36. D. de leg. III.

2) Wenn die Intestaterben in einem ungültigen*) Testament eingesetzt sind, so brauchen sie zwar die darin angeordneten Vermächtnisse nicht zu leisten, l. 81. D. de leg. II., doch macht l. 77. § 23. D. de leg. II. eine Ausnahme, wenn der Erblasser sie beschwört (cum jurisjurandi religione rogat), die Vermächtnisse auszuzahlen.

3) Nach einer singulären Vorschrift in l. 92. D. 28. 5. — l. 28. D. 5. 2. schadet der Irrthum des Testirers, wenn dieser nämlich sich deswegen einen andern Erben ernannte, weil er irriger Weise glaubte, daß der in einem früheren Testament Ernannte oder auch sein gesetzlicher Erbe gestorben sey, blos dem aus Irrthum eingesetzten Erben, aber Jene, welche nun die Erbschaft bekommen, welche der Testator ihnen nur aus Irrthum entzogen hatte, müssen gleichwohl die in dem irrig errichteten Testament enthaltenen Vermächtnisse entrichten.

4) Daß die Vermächtnisse dadurch nicht wegfallen, daß der Testator in Ansehung der Berücksichtigung der Notherben gegen

---

*) Daß der in einem gültigen Testament eingesetzte Intestaterbe, wenn er omissa causa testamenti als Intestaterbe succediren will, demungeachtet die Legate entrichten müsse, ist bekannt.

die Vorschriften der Nov. 115. gefehlt hat, ist schon in der Inofficiositätslehre bemerkt.

5) Wenn der eingesetzte Erbe in der arglistigen Absicht, die Vermächtnisse zu vereiteln, und ohne anderen rechtfertigenden Grund die testamentarische Erbschaft ausgeschlagen hat, so können nach Bestimmung des prätorischen Edicts jene Vermächtnisse geltend gemacht werden, sowohl gegen den Omittenten selbst, in so fern dieser auf andere Weise, z. B. als Intestaterbe — nicht aus einem singulären Rechtsgrund, l. 30. D. 29. 4. — die Erbmasse oder einzelne Bestandtheile derselben besitzt, l. 13—16. D. 29. 4., oder arglistiger Weise sich des Besitzes entäußert hat, oder einen Preis dafür, daß er die Erbschaft ausschlage, erhalten hat, l. 2. pr. D. 29. 4., als auch in subsidium gegen den Dritten, welcher in Folge der Ausschlagung in den Erbschaftsbesitz gekommen ist, l. 2. § 1. D. 29. 4., nicht nur wenn dies arglistig verabredet war, sondern auch, wenn sonst nur in der bösen Absicht, die Vermächtnisse zu vereiteln, die Erbschaft abgelehnt wurde; l. 3. 4. D. 29. 4.

6) Man kann wohl nicht die von v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 479. (120.) aufgestellte Behauptung gelten lassen, daß, wenn sich ein Erbe gegen die Antretung der Erbschaft restituiren läßt, die von ihm bereits geschehene Entrichtung von Vermächtnissen gültig bleibe, s. dagegen Francke Beitr. Bd. I. S. 142., v. Vangerow l. c. § 539.; und eben so wenig wird man eine in Elvers allgem. jurist. Zeitung v. J. 1830. S. 207. angeführte obergerichtliche Entscheidung billigen können, „daß eine Klage der Gläubiger gegen Legatarien, die ihre Vermächtnisse bereits erhalten haben, überall nicht stattfinde." Es wird sich zwar dieserhalb auf den bekannten Satz der l. 7. C. 4. 16. bezogen, daß Erbschaftsgläubigern gegen Legatare keine persönliche Klage zustehe. Allein die Empfänger kommen ja hier gar nicht als Legatare in Betracht, was sie nicht werden konnten, quia hereditas non datur nisi deducto aere alieno. Dagegen gibt den Erbschaftsgläubigern die l. 22. § 5. C. 6. 30. u. l. 5. D. 12. 6.*) die Rechtshülfe ausdrücklich,

*) Nec novum, ut, quod alius solverit, alius repetat. Nam et cum minor 25 annis inconsulte adita hereditate solutis legatis in integrum

welche ihnen schon nach den allgemeinen Grundsätzen dieser Condictionen und nach dem Princip: quod nemo cum damno alterius locupletior fieri debet, nicht zu versagen wäre. Dagegen kann auch die l. 22. D. 4. 4. nicht angeführt werden, denn diese sagt nur, daß der gegen die Erbschaftsantretung restituirte minor die von ihm schon bezahlten Legate nicht zu ersetzen brauche, woraus aber noch nicht folgt, daß die Erbschaftsgläubiger selbst kein Recht der Rückforderung hätten; s. Francke l. c. S. 144., vergl. obiges Kap. VI. § 2. Fr. 6. S. 814.

IV. Ein Grund der Ungültigkeit des Legats kann auch die Unrichtigkeit der ihm hinzugefügten causa seyn. Selbst wenn sie nicht in Form einer Bedingung beigefügt ist, macht ihre Unrichtigkeit das Legat doch alsdann ungültig, wenn von den Erben bewiesen wird, daß, existirte diese causa zur Zeit der Testamentserrichtung in der Wirklichkeit nicht, der Testator das Legat auch nicht angeordnet haben würde, was übrigens auch schon aus den im Testament gebrauchten Ausdrücken hervorgehen kann; l. 92. D. 28. 5.

V. Auch zufällige Umstände können ein Vermächtniß unwirksam machen (legata extincta).

Dabei kann insbesondere in Frage kommen:

1) ob das Legat wieder auflebt, wenn der Gegenstand desselben nach völligem Untergang wieder hergestellt wird?
2) Wenn das vermachte Haus untergegangen ist, kann der Legatar dann die area noch fordern?
3) Oder auch ein auf die area später gesetztes Gebäude, wenn nur die area vermacht war?
4) Kann er den Werth der ihm vermachten Sache fordern, wenn er die Sache selbst anderwärts unentgeldlich erhalten, oder die Sache, wenn er bereits den Werth aus einem andern Testament erhalten hat?

Zu 1) l. 65. § 2. D. de leg. I. sagt: ist ein Haus vermacht, so mag es theilweise (nach und nach) so weit von Neuem gebaut seyn,

restituitur, non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, Arrio Titiano rescriptum est. Ganz eben so wird dem Intestaterben eine Klage auf Rückforderung gegeben, wenn der in einem nichtigen Testamente eingesetzte Erbe bona fide die Legate früher schon ausgezahlt hat; l. 2. § 1. l. 4. D. 12. 6. — l. 17. D. 5. 3.

daß von dem alten Stoff nichts mehr übrig ist, gleichwohl bleibt das Legat gültig. Hat aber der Testator das Haus niedergerissen und ein anderes an derselben Stelle erbaut, so erlischt das Vermächtniß; es müßte denn bewiesen werden, daß der Testator dies nicht gewollt habe.

Auf ähnliche Weise entscheidet l. 24. § 4. eod., wenn ich ein Schiff vermache, nachher aber nach und nach dasselbe ganz neu herstelle, jedoch derselbe Kiel bleibt, so wird es gleichwohl der Legatar mit Recht fordern können.

Zu 2) Nur wenn es zufällig untergegangen, nicht aber, wenn es vom Testator selbst demolirt worden ist; l. 22. in f. l. 65. § 2. D. de leg. I.

Zu 3) Unumwunden spricht desfalls l. 39. D. de leg. II. u. l. 44. § 4. D. de leg. I. dem Legatar auch das Haus zu. Dem scheint zwar entgegen zu stehen l. 79. § 2. D. de leg. III. verb.: area legata, si inaedificata medio tempore fuerat, ac rursus area fit, *quamquam tunc peti non poterat*, nunc tamen debetur. Um aber einen offenbaren Widerspruch mit den zuerst angeführten Gesetzen, welchen auch die Analogie der Contractsverhältnisse zur Seite steht, s. l. 98. § 8. D. 46. 3., zu vermeiden, werden die Worte: quamquam tunc peti non poterat gewöhnlich so verstanden: „obwohl in der Zwischenzeit das Grundstück wegen des erweislichen entgegenstehenden Willens des Testators nicht gefordert werden konnte.“

Auch l. 44. § 4. D. de leg. I. sagt nämlich: „wenn eine Baustelle vermacht und alsdann ein Haus darauf gebaut worden ist, so gebührt dieses dem Legatar, wofern nicht der Testator seinen Willen geändert hat.“ Es ist demnach auch wohl in l. 79. § 2. cit. ein solcher Fall zu verstehen, wo der Testator die area mit der Absicht, das Vermächtniß zu entziehen, bebaut hat; s. die deutsche Uebers. des Corp. jur. Bd. III. S. 298. not. 41., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 915. S. 345. not. 3., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 478. (113.)

Zu 4) Wenn zwei causae lucrativae in demselben Object und derselben Person zusammentreffen, so kann nach der bekannten allgemeinen Regel zwar nur eine derselben wirksam werden, woraus folgt, daß der Legatar, wenn er anderwärts die Sache unentgeldlich erlangt hat, nicht mehr ex testamento den Werth fordern kann, sondern nur, wenn er sie mittlerweile titulo oneroso an sich gebracht hat. Diese Regel modificirt sich jedoch in dem Fall, wenn zweierlei Testatoren ihm dieselbe Sache vermacht haben. Hat er dann aus dem früher vollzogenen Testament nur den Werth der Sache erhalten, so kann er aus dem zweiten noch

die Sache selbst fordern; umgewandt aber, wenn er aus dem ersten Testament die Sache schon erhalten hat, so kann er aus dem zweiten nicht mehr den Werth verlangen; § 6. J. 2. 20. — l. 34. § 2. D. de leg. I. — l. 66. § 1—3. D. de leg. II. Zur Erklärung dieser verschiedenen Gesetzstellen s. Roßhirt Zeitschr. Bd. II. S. 24., Derselbe von Vermächtnissen Bd. I. S. 448., Sell über die römisch-rechtl. Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causar. lucrativ.

VI. Ademtio et translatio*) legati.

Der Grundsatz: legata nuda voluntate adimuntur greift in seinen Folgen so weit, daß selbst eine solche Veränderung der Umstände, mit welchen der frühere Wille des Testators nicht vereinbarlich erscheint, berechtigen kann, das Vermächtniß für aufgehoben zu erachten, z. B. eine zwischen dem Honorirten und dem Erblasser ausgebrochene und nicht durch Versöhnung aufgehobene tödtliche Feindschaft,**) l. 3. § 11. l. 4. l. 22. D. 34. 4. — l. 9. pr. D. 34. 9., oder die erfolgte Ehescheidung hinsichtlich des von einem Ehegatten dem Andern verschafften Legats, l. 49. § 6. D. de leg. III. — l. 11. § 10. D. 22. 1., um so mehr also Handlungen des Testators, aus welchen die Absicht desselben, das Legat wieder aufzuheben, hervorgeht. Daß aber, wie Thibaut System d. Pand. § 999. lit. D. (Ed. 9.) und Hert Consil. et Resp. 224. § 1. sagen, auch dann ein Legat als stillschweigend aufgehoben anzusehen sey, wenn die Zweckbestimmung, in deren Rücksicht es hinterlassen ist, widerrufen würde, kann wohl nicht so ganz allgemein aus l. 30. § 2. D. 34. 4. gefolgert werden, weil diese Stelle, wie v. Buchholz in der Lehre von den Prälegaten bemerkt, nicht eine Aufhebung der Zweckbestimmung, sondern eine translatio a persona in personam enthält.

Hiernächst beschäftigen uns folgende Fragen:

1) **Kann die Absicht des Testators, sein Legat wieder aufzuheben, schon daraus geschlossen werden, daß der Testirer die vermachte Sache veräußert hat?**

---

*) Da die Grundsätze der Translation einfach und unbestritten sind, so wird hierüber auf die Lehrbücher verwiesen, s. Schweppe Bd. V. § 912. S. 339., v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 475. (109.), vgl. über legata ereptitia; vom Vermächtniß eines Factums s. v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 540.

**) Diese wird schon angenommen, wenn der Testirer später in einer Verfügung den Legatar als unwürdig bezeichnet, oder dieser jenen öffentlich beschimpft, l. 13. l. 29. D. 34. 4. — l. 9. § 1. D. 34. 9., oder gar eine Criminalklage gegen den Testirer erhoben hat; l. 31. § 2. D. 34. 4.

2) Wenn der Testator eine solche Veränderung mit der Sache vorgenommen hat, daß sie nicht mehr die vorige ist?
3) Ist es hinlänglich, wenn der Testator schriftlich ohne Zeugen oder mündlich vor zwei Zeugen erklärt, daß sein Vermächtniß nicht gelten soll?
4) Wenn der Testator dem einen von zwei Legatarien gleiches Namens das Legat wieder genommen hat, ohne daß erhellt, welchem von ihnen, ist dann Keiner oder Jeder von ihnen dasselbe noch zu fordern berechtigt?
5) Wenn der Testator dem A. ein Legat mit der Auflage der Restitutions-Verbindlichkeit an B. conferirt, nachher dem B. es wieder genommen hat, ist es dann auch dem A. als entzogen zu erachten?
5ᵃ) Wenn der Testirer ein Legat widerruft, muß dann der Erbe, welcher es nun behält, das dem Legatar auferlegte Vermächtniß entrichten, wenn es nicht ausdrücklich mit widerrufen ist?

Zu 1) Bei Beantwortung dieser Frage macht die Art der Veräußerung einen Unterschied. Verpfändung allein macht nicht ademtionem legati; § 12. J. 2. 20. — l. 3. C. 6. 37. Verschenkt der Testator die vermachte Sache, so ist ademtio legati zweifelsfrei, und das Legat wird auch dadurch nicht mehr geltend, daß die Schenkung ungültig war; l. 18. l. 24. § 1. D. 34. 4. Verkauft er den Gegenstand des Vermächtnisses, so folgt daraus an und für sich zwar noch nicht ademtio legati, wohl aber nach Maßgabe der Umstände; § 12. J. 2. 20. War nämlich der Testirer durch sie zum Verkaufe genöthigt, so wird ademtio legati nicht angenommen, wenn nicht der Erbe beweist, daß animus adimendi legatum damit verbunden war, l. 11. § 12. D. de leg. III.; dagegen wird bei einer willkührlichen Veräußerung animus adimendi, auch wenn der Testator nachher die Sache wieder an sich gebracht hätte, angenommen, wenn nicht der Legatar beweist, daß die Veräußerung ohne jenen animus, oder daß die Wiedererwerbung mit der Absicht, das Vermächtniß zu erneuern, geschehen sey; s. l. 1. § 1. D. 33. 7. — l. 15. D. 34. 4. — l. 24. D. 34. 4., Schweppe l. c. Bd. V. § 912, v. Wening-Ingenheim l. c. Bd. III. § 475. (108.) Ist es zweifelhaft, ob der Erblasser aus Noth oder ohne Noth verkauft habe, so muß der Legatar die vorhanden gewesene Noth als res facti beweisen; Höpfner Instit. Comm. § 588. not. 5.

Zu 2) Wie durch Specification und Adjunction das Eigenthum verloren geht, so wird auch dadurch das Legat pro ademto betrachtet.

Uebrigens wird, wenn man die verschiedenen einschlagenden Gesetzesstellen vergleicht, l. 44. § 2 u. 3. D. de leg. I. — l. 49. § 5. l. 88. § 3. D. de leg. III. — l. 6. § 1. D. 34. 2., immerhin der verständigen Beurtheilung des Richters viel überlassen bleiben, ob die erste Absicht des Testirers nach der Umgestaltung der Sache noch im Wesentlichen fortbestehen könne. Ueber den Widerspruch zwischen l. 44. § 2. und l. 88. cit., indem dort gesagt ist: „wenn Wolle vermacht und daraus ein Kleidungsstück gemacht wird, so ist das Vermächtniß gültig, dafern nur der Testator nicht seinen Willen geändert hat;" dagegen hier: „man nimmt nicht an, daß, wenn Wolle vermacht ist, das aus derselben verfertigte Gewebe geleistet werden müsse," erklärt Schweppe l. c. § 915. not. 1., der Widerspruch in l. 44. § 2. cit. sey nur historisch und als ein Rest des alten Streits über die Specification zu betrachten. Wird eine Sache durch Adjunction zum Nebentheil einer andern gemacht, so ist das Legat der ersteren erloschen; l. 6. § 1 u. 2. D. 34. 2.

Zu 3) Zwar erfordern Lauterbach Coll. th. pr. Lib. 34. tit. 4. § 5. und Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. IV. § 30. fünf Zeugen zum mündlichen Widerruf eines Legats, da aber die Gesetze keine Form vorschreiben, sondern nur den Beweis der Reue fordern, l. 27. C. 6. 42., ja sogar Vermuthungen gelten lassen, so ist nicht wohl einzusehen, warum nicht ein schriftlich oder mündlich vor zwei Zeugen erklärter Widerruf des Legats wirksam seyn soll; s. Höpfner Instit. Comm. § 588. not. 3., Stryck caut. test. cap. 23. § 30., Cocceji jus controv. Lib. 34. tit. 4. qu. 1. und die bei Höpfner angeführten Harprecht, Wernher, Crell, Pufendorf, Cramer. Vielmehr geht aus l. 27. C. 6. 42. — l. 3. § 11. l. 4. 29. 30. 31. 36. D. 37. 4. — l. 4. § 10. D. 44. 4. hervor, daß der Widerruf eines Vermächtnisses eine Form erfordert; Puchta Pand. § 337., Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 320., Erk. d. O. A. G. in Dresden in d. Zeitschr. f. Rechtspflege N. F. Bd. III. S. 285. Bd. X. S. 481. Transferirung eines Legats von einer honorirten Person auf eine andere erfordert zwar in der Regel dieselbe Form, wie die neue Anordnung eines Vermächtnisses, l. 20. D. 34. 4., jedoch enthält l. 31. pr. D. 34. 4. auch ein Beispiel stillschweigender Translation, welche ipso facto angenommen wurde; s. Roßhirt v. d. Vermächtnissen Bd. I. S. 442.

Zu 4) In zweierlei Gesetzen wird diese Frage entgegengesetzt entschieden. In l. 3. § 7. D. 34. 4. heißt es utrique legatum debetur, und der Grund kann wohl kein anderer seyn, als: ein zweifelhaftes Nehmen sey pro non scripto zu achten, könne also das unzweifelhafte Geben nicht aufheben. Dagegen die l. 10. (11.) pr. D. 34. 5.

sagt: ademtionem in utrumque valere, und der Grund läßt sich dahin erklären: über die Existenz eines Legats entscheidet nur die absolute Gewißheit des Willens des Testators; diese beruht aber auf zwei Factoren; nämlich nicht nur, ob Jemandem ein Legat gegeben, sondern auch, ob es ihm in der Folge nicht wieder genommen sey. Die eine Ungewißheit zieht also die zweite von selbst nach sich, und somit kann Keiner das Legat ansprechen. Die meisten Rechtsgelehrten nehmen die letztere Gesetzesstelle als die entscheidende, somit als Berichtigung der älteren Meinung an, wie es denn auch darin heißt: et verius est etc.; s. Klüpfel im civil. Archiv Bd. II. no. 7., Hepp daselbst Bd. IX. no. 20., Gans das. Bd. I. no. 33. und Herrstorf das. no. 34., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 541., Braun Erörterungen zu Thibaut § 829., Wunderlich in Sell's Jahrb. Bd. I. no. 8. Die ihrer Argumentation zum Grund liegende Anmuthung eines zweifachen Beweises scheint uns jedoch nicht gesetzlich. Der Erblasser hat einmal den Willen gehabt und bestimmt erklärt, beide Vermächtnisse zu hinterlassen, folglich kann nur der, welcher die Willensänderung behauptet, in der Nothwendigkeit sich befinden, diese zu beweisen; dazu kann ihm aber die zweifelhafte Zurücknahme, die auf beide Vermächtnisse bezogen werden kann, und doch nur auf eines bezogen werden soll, nicht dienen; siehe Arndts im Rechtslex. Bd. VI. S. 299. Uebereinstimmend lehrt Puchta Vorlesungen § 537: „wenn es bei der Ademtion ungewiß ist, wem adimirt ist, so gilt das Princip: unverständliche Dispositionen werden als nicht gemacht angesehen. Wenn daher ein Legat an ein so bezeichnetes Subject vermacht ist, daß das beabsichtete Individuum nicht zu ermitteln ist, so ist es ungültig. Dasselbe muß aber auch von der Ademtion gelten." Mehrere Bemühungen der Kritik s. Göschen in der geschichtl. Zeitschr. Bd. I. no. 6., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 436.

Zu 5) Die l. 31. § 1. D. 34. 4. entscheidet also: „es vermachte Jemand seiner Mutter, die er zur Erbin eingesetzt hatte, vier Grundstücke und überließ es deren Treue, zwei davon seinem Schwiegervater herauszugeben; hierauf entzog er aber seinem Schwiegervater das Fideicommiß in einem Codicill." Es entstand nun die Frage, ob dieselben nichts desto weniger in Folge des Vermächtnisses zum Voraus der Mutter gehörten? Die Antwort lautete: „es sey kein Grund vorhanden, dies anzunehmen." Hieraus wollen Manche mit Cujacius eine allgemeine Regel bilden, wonach dem onerato das Legat oder Fideicommiß niemals bliebe, wenn es dem honoratus wieder entzogen würde. Dies kann aber doch wohl nur dann gelten, wenn der Onerirte bloße Mittelsperson

(instrumentum solutionis) ist, nicht aber, wenn das Fideicommiß zugleich auch, oder wohl zunächst auf den Vortheil des Onerirten gerichtet ist; s. Braun Erörter. zu Thibaut § 829.

Zu 5a) Die l. 19. D. 34. 4. wird gewöhnlich dahin verstanden, daß durch den Widerruf eines Legats auch das darauf gelegte Vermächtniß als widerrufen anzusehen sey; allein man wird mit Francke l. c. S. 127. sorgfältig die eigentliche Absicht des Testirers zu erwägen haben, denn daß diese für den zweifachen Widerruf nothwendig angenommen werden müsse, sagt das Gesetz*) nicht.

Repudiirt der erste Legatar das ihm zugedachte Vermächtniß, so muß der Erbe das Aftervermächtniß entrichten; l. 9. D. de usu et usufr. leg. (33. 2.)

Accrescenzrecht der Collegatare.

Wenn ein Legatar das Vermächtniß nicht annehmen kann oder will, und es ist ihm Niemand substituirt, so fällt dasselbe der Regel nach dem Onerirten anheim; eine Ausnahme findet aber Statt, wenn Mehreren eine Sache conjunctim vermacht ist, dann tritt der Collegatar vermöge der Conjunction in die vacante Portion ein und dies heißt das Accrescenzrecht.

Dabei entsteht nun die Frage:

1) Haben blos collegatarii re conjuncti und re et verbis conjuncti oder auch collegatarii verbis tantum conjuncti Anspruch auf Anwachsung?
2) Welche Eigenthümlichkeiten hat das Accrescenzrecht bei einem constituirten usus fructus?
3) Ist mit dem Accrescenzrecht der Collegatare immer die Folge verbunden, daß die vacante Portion nur cum suo onere accrescirt?

---

*) l. 19. cit. si adimendo legatum, quod Mevio relictum sit, fideicommissum ab eo datum defunctus revocare noluit, heredes ex causa fideicommissi conveniri posse, recte probari. Der natürliche Sinn scheint demnach dieser: wenn nicht auch das Fideicommiß ausdrücklich — wie der Testirer doch konnte — von ihm widerrufen ist, so müßte diese Absicht anderweit hergestellt seyn, wenn der Erbe auf Kosten des Fideicommissars lucriren sollte.

Zu 1) Bevor man sich zu dem Dissens der Rechtsgelehrten über diese Frage wendet, scheint die Feststellung der Begriffe nicht überflüssig; cf. § 8. J. 2. 20. — l. 41. pr. D. de leg. II. — l. 80. l. 89. D. de leg. III. — l. 142. D. 50. 16.

Allemal ist nur eine und dieselbe Sache vermögend, eine Conjunction der Personen zu bewirken. Wenn ich dem A. mein Vorderhaus, dem B. aber mein Hinterhaus vermache, so sind dies verschiedene Sachen, mithin bei völliger diversitas keine conjunctio denkbar. Nur uneigentlich denken sich Manche eine Verbalconjunction darunter, wenn der Testirer verschiedenen Legataren reelle Theile einer Sache gegeben hat, z. B. meinen Acker vermache ich dem A. und B., dem A. den hohen, und dem B. den niedern Theil.

Ein Testator kann aber auch Mehrere zu einem Ganzen berufen und dies entweder

A) solidarisch, ubi sermo testatoris solidum assignare videtur, l. un. § 11. C. 6. 51. — l. 80. D. de leg. III., und zwar
 a) in getrennten Sätzen; z. B.:
  dem A. vermache ich die Hälfte meines großen Ackers; der B. soll auch diese Hälfte meines großen Ackers haben;
 b) in wörtlicher Verbindung:
  A. und B. sollen mein Landgut X. erhalten.

Im ersten Fall sind A. und B. re conjuncti, im zweiten re et verbis conjuncti.

Oder:

B) zu bestimmten Quoten, nämlich zu idealen Theilen, z. B.
 dem A. und B. vermache ich meinen Acker, Jedem zur Hälfte, oder auch:
  dem A. zu $\frac{3}{4}$ und dem B. zu $\frac{1}{4}$.

Hier sind A. und B. nicht re conjuncti, weil der Testator schon Theile, mithin Einzelnheiten gemacht hat, re conjuncti aber nur durch solidarische Berufung entstehen können, ubi *tota legata* singulis data sunt, *partes autem concursu* fiunt, nicht wo der Testator schon Theile gemacht und Jedem das Seine zugewiesen hat. Sie sind also blos verbis conjuncti.

Daß nicht allein re et verbis, sondern auch blos re conjuncti ein Anwachsungsrecht haben, ist h. z. T. wohl unbestritten*), desto

*) S. Francke Beitr. zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien Abth. I. S. 117. in folgendem Beispiel: wenn der Testirer sagt: den A. setze ich auf ½ ein, B. und C. auf die andere Hälfte, und dann ihm noch einfällt, auch den X.

bestrittener aber, ob es auch den verbis tantum conjunctis gebühre, wie wenigstens nach neuerem Justinianeischen Recht, besonders wegen l. 89. D. de leg. III. — l. un. § 11. C. 6. 51. — l. 16. § 2. D. de leg. I. nach dem Zeugniß Mehrerer in Praxi angenommen seyn soll; s. Höpfner Instit. Comm. § 581. not. 1., Donell. Comm. Lib. VII. cap. 13. § 15. Lib. VIII. cap. 21., Scipio Gentilis de jure accrescendi cap. 6., Vinnius ad Lib. II. tit. XX. Inst. § 8. no. 15., Gebr. Overbeck Meditt. Bd. III. no. 175., Mayer das Recht der Anwachsung S. 215., Rudorff in der Zeitschr. für geschichtliche R. W. Bd. VI. S. 426., Witte in Weiske's Rechtslex. Bd. I. S. 319., Huschke in Schneider und Richter krit. Jahrb. v. J. 1838. S. 327., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. § 790., Baumeister das Anwachsungsrecht S. 190. — Die historische Kritik hat aber unter den meisten neueren Rechtsgelehrten die Ueberzeugung befestigt, daß verbis tantum conjunctis nach Justinianeischem so wenig als nach dem älteren Pandectenrecht das Anwachsungsrecht zukomme; l. 11. D. 7. 2., Thibaut System § 996. (Ed. 8.), Voet Comm. ad Pand. Lib. XXX. § 61., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1524., Meermann thesaur. T. VII. pag. 303., Heisler de jure accrescendi in legat. § 1. 13. 19. (Exerc. acad. no. 7.), Mackeldey Lehrb. § 715., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 917., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 524., Puchta Lehrb. § 533., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 547., vergl. auch Francke Beitr. Bd. I. S. 116., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 600., Schneider das altcivile und Justinianeische Anwachsungsrecht bei Legaten S. 170. u. 231.

Betrachtet man die Controverse blos aus dem rationellen Standpunkt, so hat die letztere Meinung gewiß mehr für sich, nach welcher das Anwachsungsrecht lediglich darauf beruht, daß man zu einem Ganzen berufen ist, in welchem man nur durch die Concurrenz eines Andern beschränkt wird, daher nicht begründet ist, wenn man nur mit einem individuell bestimmten Object honorirt ist.

---

zu bedenken, mit den Worten: „den X. setze ich auch noch auf die erste Hälfte ein;“ so muß A. mit X. diese theilen, und Jeder erhält $\frac{1}{4}$; sie sind aber bloße re conjuncti. Wenn X. nun ausfällt, indem er etwa schon vor dem Testirer starb, so wird doch Jeder ohne Zweifel jetzt dem A. die ihm gegebene ganze Hälfte lassen, da die Concurrenz des X., der ihn, im Fall er miterbte, beschränkt haben würde, nicht eintrat, und weder B. noch C. wird irgend daran denken, daß er mit auf dies $\frac{1}{4}$ des X. Anspruch habe, also $\frac{1}{3}$ der ganzen Erbschaft ihm zustehe.



Die Anhänger der entgegengesetzten Meinung sagen zwar: warum soll das jus accrescendi stattfinden, wenn es heißt: „ich vermache dem A. und B. meinen Garten," und nicht statt haben, wenn ich sage: „ich vermache dem A. und B. meinen Garten zu gleichen Theilen?" Im letzten Falle drücke ich ja nur etwas aus, was sich im ersten von selbst versteht und ganz eigentlich gesagt werden wollte. In einem Fall wie im andern ist dasselbe gemeint; aber Niemand wird sich h. z. T. leicht auf die erstere unbestimmte Weise ausdrücken.

Mit dieser Einwendung kann man aber wenigstens nicht das Princip umstoßen, wenn gleich die deutsche Sprechart eine Modification zu erheischen scheint, welche in den deutschen Gesetzbüchern sich beobachtet findet. Es kommt nämlich immer im Wesentlichen darauf an: ob der Testirer das Legat den mehreren Legataren als einen Inbegriff beschieden oder den Antheil eines jeden Einzelnen davon bestimmt hat. Ersteres wird angenommen, wenn ich dem A. und B. zusammen oder zu gleichen Theilen etwas vermache, z. B. A. B. C. und D. sollen meinen Acker zu gleichen Theilen erhalten; da haben sie gegenseitig ein Accrescenzrecht — oder das Testament lautete: ich vermache den Schwestern Amalie und Mathilde zusammen 1000 Thlr., Mathilde starb vor dem Testator — das jus accrescendi beruht eigentlich auf dem vermuthlichen Willen des Testators, hätte er es nicht gewollt, so würde er jeder Schwester 500 Thlr. legirt haben; — s. Erk. d. O. A. Ger. in Dresden im Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle 1845. S. 268.; das Letztere wird angenommen, wenn ich sage: A. B. C. und D. sollen jeder ¼ meines Ackers haben, s. d. bürgerliche Gesetzbuch der Oesterreichischen Monarchie Thl. II. Hauptst. XI. § 689. u. Zeiller Comm. Bd. II. S. 643., Preuß. allgem. Landr. Th. I. Tit. 12. § 368. und Bielitz Commentar Bd. III. S. 152. Zu weit scheint das Würtembergische Landr. zu gehen, wenn es das Accrescenzrecht der Legatare blos dann ausschließt, wenn der Erblasser reelle Theile gemacht hat, s. Weishaar Handb. d. Würtemb. Privatr. Th. II. § 900.

Gemeinrechtlich kann vielmehr nur angenommen werden: blos im Ausdruck (verbis) verbundene, wobei Jedem sein besonders bestimmter Gegenstand vermacht ist, haben kein Accrescenzrecht, ausgenommen, wenn sie durch Beifügung eines Dritten re conjunctus in dem ihnen Bestimmten geschmälert sind; l. 41. pr. D. de leg. II. Die Concurrenz eines re conjunctus macht nämlich die verbis conjunctos stets zu mixtim conjunctis; Glück P. C. Bd. IX. S. 273. rc., Schweppe l. c. § 917. S. 352. not. 2., Puchta Pand. § 542. Es kann auch zuweilen zweifelhaft seyn, ob gewisse Collegatare re oder ver-

bis conjuncti seyen. Z. B. die Erblasserin verordnete: „daß ihr Wohnhaus, 6 Bethmannsche und 4 Stadtbanco=Obligationen den 3 R.'schen und den 2 S.'schen Kindern, nämlich zu 5 Theilen, zufallen sollen.“ Hier könnte man vielleicht annehmen, das Accrescenzrecht finde nicht Statt, weil die Testatrix schon Theile gemacht hat, mithin nur verbis conjuncti gegeben seyen. Das O. A. Ger. in München entschied aber doch für re conjuncti, denn durch die Worte „zu 5 Theilen“ habe die Testatrix nicht sagen wollen, daß Jeder unter allen Umständen nur $\frac{1}{5}$ haben solle, sondern daß sie insgesammt zum Ganzen nicht nach Stämmen, sondern nach Köpfen berufen seyen; s. Seuffert Archiv Bd. II. H. 2. S. 273.

Die mit dem Wegfallenden re et verbis conjuncti haben den Vorzug vor den bloßen re conjunctis; denn sie sind es zunächst, die durch seine Theilnahme verkürzt werden würden; l. 89. D. de leg. III., sie müssen aber dann auch, wenn sie den Zuwachs nicht ausschlagen, was ihnen freisteht, das onus übernehmen, welches der Wegfallende zu prästiren gehabt hätte, dagegen dieses der blos re conjunctus nicht mit zu übernehmen braucht, l. un. § 11. C. 6. 51., indem hier der Zuwachs von selbst und unfreiwillig erfolgt; Schweppe l. c. § 917., Schneider l. c. S. 65.*) Das Maß, in welchem den zwar auf das nämliche Object, aber in ungleichem Verhältniß eingesetzten Legataren anwächst, wird durch die Größe ihres Legats bestimmt; l. 41. pr. D. de legat. II. — l. un. § 10. C. 6. 51.

Zu 2) Diese findet man vollständig zusammengestellt in Glück P. C. Bd. IX. S. 282. 2c. § 637. a., worauf hier füglich verwiesen werden kann.

Zu 3) Wenn etwas Mehreren conjunctim hinterlassen ist, so kann der Collegatar das Accrescenzrecht nur cum onere geltend machen; ist aber separatim Mehreren hinterlassen, so hat er die dem Weggefallenen auferlegten onera nicht zu prästiren, weil er hier schon aus einer rechtlichen Nothwendigkeit und selbst wider seinen Willen erwirbt. Vermächtnisse accresciren daher dem re et verbis conjunctus cum onere suo, sine onere aber dem bloßen re conjunctus. Erbportionen accresciren hingegen stets cum onere, s. Francke l. c. S. 133.

*) Schneider l. c. S. 253. leitet jedoch aus der l. un. § 3. C. 6. 51. noch einen Unterschied ab, je nachdem das deficirende Legat pro non scripto gelte, oder nicht. Im ersten Fall soll das onus auf den Collegatar nicht, sondern nur im letzteren übergehen, s. dagegen Francke Beitr. zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien Abth. I. S. 126.



Kapitel XI.

Vom Universalvermächtniß, fideicommissaria hereditas.

Inst. II. 23. de fideicommissariis hereditatibus. Dig. V. 6. de fideicommissaria hereditatis petitione. Dig. XXXVI. 1. ad Sctum Trebellianum. Cod. VI. 49. ad Sct. Trebell.

1) Wird im Zweifel hereditas directa oder hereditas fideicommissaria (Universalfideicommiß) vermuthet?

2) Indem auf mancherlei Art auch implicite ein Fideicommiß errichtet werden kann (fideic. tacitum), l. 87. § 2. D. de leg. II., Höpfner Instit. Comm. § 603., s. Thibaut System § 920. (Ed. 8.), Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 931., kommen besonders die in conditione positi in Frage, z. B. der Testator sagt: „ich setze den A. zu meinem Erben ein; wenn er aber ohne Kinder sterben wird, so soll die Erbschaft auf den B. zurückfallen." Nun erhält A. in der Folge Kinder; sind diese als eingesetzt, nämlich als Fideicommißerben zu betrachten, so daß A. nicht über die Substanz der Erbschaft disponiren kann?

3) In wie weit ist die Dispositionsfreiheit desjenigen Fiduciarerben beschränkt, welchem der Erblasser sein Vermögen unter der Bedingung hinterlassen hat, dasjenige, was davon bei seinem (des Fiduciarerben) Tod übrig seyn werde, einem Dritten auszuliefern?

4) Ist dasjenige, was ein solcher Fiduciarerbe vom Fideicommißvermögen zum Ankauf von Gütern oder andern Sachen verwendet hat, seinem eigenen Erben oder dem Fideicommißerben zuzuerkennen?

4a) Können die Erben des Fiduciars Schulden, welche derselbe nach dem Tode der Fideicommittenten contrahirt hat, von der Fideicommißmasse abziehen?

5) Kann ein solcher Fiduciarerbe, wenn der Testator ihm die Errichtung eines Inventars ausdrücklich erlassen hat, nicht wenigstens zu einer eidlichen Specification vom fideicommissarischen Erben angehalten werden?

6) Es kommt öfter und besonders bei gegenseitigen Testamenten der Eheleute vor, daß der Erblasser seinen Erben verbindet, nicht nur des Erblassers, sondern auch sein, des Erben, eigenes Vermögen auf seinen Todesfall Dritten zu überlassen, wie weit ist nun dieser hierdurch an Veräußerungen oder andern substanziellen Dispositionen über sein eigenes Vermögen gehindert?
7) Steht einem Universalfideicommissar, besonders auf den Grund eines Codicills, auch das remedium l. ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo (6. 33.) zu?
8) Wenn der Erblasser die Restitution der ganzen Erbschaft befohlen, daneben aber noch Singularvermächtnisse angeordnet hat, wem liegt deren Entrichtung ob, wenn der Testator sich darüber nicht ausgedrückt hat?
9) Was ist der Schulden halber Rechtens im Verhältniß des Fiduciars zu dem fideicommissarischen Erben und den Gläubigern? Was muß sich der zum Abzug der Trebellianischen Quart berechtigte Fiduciar in dieselbe einrechnen lassen?
10) Wenn ein Universalfideicommiß angeordnet ist, und ein Miterbe des Fiduciars wegfällt, kommt dann die anwachsende Portion dem Fiduciar oder dem Fideicommissar zu Gute?*)
11) Bekanntlich kann der mit dem onere restituendi belegte Erbe, wenn er aus Mißgunst gegen den fideicommissarischen Erben das Universalvermächtniß nicht antreten will, dazu gezwungen werden,**) jedoch freilich, wenn er nur unter einer zufälligen Bedingung eingesetzt ist, erst nach erfüllter Bedingung; wie aber, wenn die Bedingung rein potestativ ist?
12) Kann die clausula codicillaris dem Fideicommissar Hülfe gewähren, wenn der Fiduciarerbe vor der Antretung stirbt?
13) Kann die fideicommissarische Caution, wenn sie vom Testator erlassen ist, auch dann nicht gefordert werden, wenn der Fiduciarerbe verschwendet und dadurch Verlustsgefahr droht?
14) In so fern l. 6. C. ad Sct. Trebell. (6. 49.) Söhne und Töchter, welche von den Eltern wechselseitig auf den Fall kinderlosen Absterbens mit der Restitution an ihre Geschwi-

*) In wie weit der Fiduciar auch die Erbschaftsfrüchte zu restituiren habe, s. v. Vangerow Pand. Bd. II. S. 499. § 536., Schweppe l. c. § 934.

**) Gegen mancherlei versuchte Ausdehnungen dieses Zwangsrechts s. Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 530., Heise D. de aliena heredit. restit. § 37. etc.

ster belegt sind, von einer Cautionsleistung befreit,*) fragt sich, ob diese Befreiung auch von den Enkeln zu verstehen sey?

15) Kann auch eine Verstärkung der ursprünglich vereinbarten Sicherheit gefordert werden, wenn sich die Vermögensumstände des Fiduciars verschlimmern?

16) Ein Testator verordnete: zum Erben benenne ich meinen einzigen Bruder, den Pater Stephan, wenn er erbfähig seyn oder durch gegenwärtige Umstände werden sollte; sollte er nicht erbfähig werden, so ist der Haupterbe meines Vermögens der Schneidermeister A., dem mein Bruder es auch nach seinem Tod zuwenden mag; — es fragt sich: ob dies für ein Fideicommiß anzusehen sey?

17) Steht den Fideicommißinteressenten wegen widerrechtlich veräußerter Fideicommißobjecte ein Separationsrecht auf die Fideicommißfrüchte oder ein gesetzliches Pfandrecht beim Concurs des Veräußerers zu?

17a) Was ist überhaupt in Ansehung der Früchte Rechtens zwischen dem Fiduciar und Fideicommissar?

Zu 1) Nach c. 1. de test. in VIto (3. 11.) streitet die Vermuthung für die directe Erbfolge, s. Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 930.

Zu 2) Verschiedene Meinungen hierüber s. Fachinaei controv. Lib. IV. cap. 51., Harprecht Diss. de tacita heredis institutione, Heisler D. de liberis positis in conditione comprehensis etiam in dispositione. Es ist aber nun wohl kein Streit mehr über den Grundsatz: aus der Erwähnung einer Person, als einer Bedingung, unter der eine andere Person ein Fideicommiß nicht haben soll, ist noch nicht zu schließen, daß die erste (in conditione posita), wenn sie lebt, Fideicommißerbe seyn solle; l. 16. § 1. D. 28. 6., Mühlenbruch doctr. Pand. Vol. III. § 665., Thibaut System § 920. (Ed. 8.) Hierbei ist auch zu bemerken, daß der unter einer Bedingung eingesetzte Fideicommissar, welcher den Testator überlebt, sein Successionsrecht auf seine Erben auch dann transmittirt, wenn er gleich vor dem Substitutionsanfall stirbt, und ohne Unterschied, ob die Bedingung von einem Zufall, oder von einer freien Handlung des bedingt Berechtigten abhängt;

---

*) Vergl. S. 906. Kap. X. § 6. lit. b. Fr. 7. von den Rechtsmitteln der Legatare.

s. Entsch. d. O. Tribunals in Berlin Bd. XXVII. S. 340., Seuffert u. Glück Blätter für Rechtsanw. Bd. XXI. S. 448.

Zu 3) Die Nov. 108. c. 1. hat über die erste Frage dahin entschieden, daß er an was immer für Dispositionen bei Lebzeiten unverhindert ist, in so weit er nur den 4ten Theil des Vermögens übrig läßt, welchen anzugreifen ihm nur in bestimmten Ausnahmfällen gestattet ist. Mylius D. de fideic. sub clausula: quicquid superfuerit, relicto. Strecker de fideic. sub clausula: quicquid post mortem superfuerit, relicto. Reichard de fideic. ejus quod superfuturum erit etc. Jenae 1785. Von selbst versteht es sich übrigens, daß jede dispositio mortis causa ausgeschlossen ist; Hommel Rhaps. Obs. 659., Pufendorf T. II. obs. 87. § 2. Dispositionen unter Lebenden aber können nicht, wie Einige dafür halten, s. Voet Comm. ad Pand. lib. 36. tit. 1. § 54., Wernher T. II. obs. 452., Hommel Rhaps. obs. 659., einer Contestation darüber, ob solche nicht animo intervertendi fideicommissum geschehen, unterworfen werden; v. Quistorp rechtl. Bemerkungen Th. II. no. 14., Berger Oecon. jur. lib. II. tit. 4. th. 34. no 5. Hat z. B. der Fiduciar über ¾ des Fideicommisses mittelst eines mit seinen Verwandten eingegangenen Leibrentenvertrags disponirt, so läßt sich dagegen von Seite des Fideicommißerben nichts einwenden, s. Böhmer Rechtsfälle Bd. II. Abth. I. no. 129. Dagegen kann der Erbe des Fiduciars, wenn dieser mehr als ¼ übrig gelassen hat, auch nicht verlangen, daß dieser Mehrbetrag zur Bezahlung eigener Schulden des verstorbenen Fiduciars verwendet werden müsse, s. Hagemann prakt. Erörter. Bd. V. S. 228. Auf correspective Testamente, vermöge deren nach deutscher Rechtsgewohnheit auch über das mit dem Nachlaß des Erstgestorbenen in Eine Masse verschmolzene Vermögen des Letztlebenden, so fern dieser die Erbschaft antrat, mit rechtlichem Erfolge disponirt werden kann, und welche nach der Analogie der Erbverträge zu beurtheilen sind, soll die durch Beschränkung der Substitution auf das Uebriggebliebene dem Letztlebenden gegönnte mehrere Freiheit nicht Anwendung finden, sondern diesen nur zu einem Gebrauche zu seinem wahren Bedarf, und nicht zur Hinterziehung seiner vertragsmäßigen Obliegenheit berechtigen; s. Emminghaus Sächs. Pand. S. 625. no. 37.

Zu 4) Da der Fiduciarerbe bis auf $\frac{1}{4}$ des fideicommittirten Vermögens als völliger Eigenthümer, so lange er lebt, anzusehen ist, so kann nicht vermuthet werden, daß er mit solchen Verfügungen nur die Geschäfte des Fideicommißerben, welcher doch nur das, was er von dem fideicommittirten Vermögen übrig lassen würde, bekommen soll, habe be-

sorgen wollen, sondern vielmehr, daß er es zu seinem eigenen und seiner Erben Besten gethan habe, und ist auch die Regel: pretium succedit in locum rei*) nicht anwendbar; Reichard l. c., v. Quistorp l. c. Doch ist, wenn das ganze Fideicommißvermögen vom Fiduciarerben ohne einen der in der Nov. 108. angenommenen Rechtfertigungsgründe aufgezehrt worden ist, die Quart aus seinem eigenen Nachlaß zu ersetzen. Auth. contra cum Cod. ad Sct. Trebell. (6. 49.), v. Quistorp l. c. und die von ihm angeführten Erkenntnisse der Halle'schen und Göttinger Juristenfacultät.

Zu 4*) Die nach dem Tode des Fideicommittenten vom Fiduciar contrahirten Schulden können nicht von dessen Erben auf die Fideicommißmasse gewälzt werden, s. v. Rüling Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Celle no. 38.

Zu 5) Man könnte wohl dafür halten, daß, was vom Inventar gilt, auch von der eidlichen Specification gelten müsse, welche jenem gewöhnlich gleich geachtet wird, da aber dadurch das Recht des fideicommissarischen Erben ganz vereitelt würde, indem dieser alsdann gar nicht wissen könnte, was er zu fordern berechtigt sey, so muß wohl mit v. Quistorp l. c. und Leyser Sp. 404. med. 8. angenommen werden: interpretatio fideicommissorum ita facienda, ne confusio et absurditas oriatur.

Zu 6) In diesem Fall hat entweder der Erblasser ausdrücklich erklärt, daß sein Erbe nur das, was er bei seinem Tode vom Vermögen übrig lassen werde, an den Dritten restituiren solle, und dann ist die Sache nach den Grundsätzen eines fideicommissi ejus quod superfuerit zu entscheiden, oder er hat dies nicht erklärt, dann kann der Erbe nicht nur nicht Todes halber verfügen, sondern auch bei Lebzeiten nicht anders als nach den Regeln eines guten Hausvaters disponiren; s Gottschalk Discept. for. T. II. Cap. I.

Eine unabwendbare Folge ist im letztern Fall auch die Errichtung eines Inventars von Seite des überlebenden Ehegatten nicht nur über des verstorbenen, sondern auch über sein eigenes Vermögen, zweifelhafter aber, ob Cautionsleistung über beide Vermögen gefordert werden könne? Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 239. rc. u. 257. rc. erzählt folgenden Fall: zwei Eheleute setzen sich gegenseitig als Universalerben

*) Bei regelmäßigen stricten Fideicommissen gilt sie allerdings in Fällen, wo wegen Schulden des Erblassers, oder weil die Sachen nicht aufbewahrbar sind, eine Veräußerung stattfinden mußte; l. 70. § ult. l. 71. u. 72. D. de leg. II.

ein. Hierauf folgt: „demnächst substituiren beide testatorische Eheleute nachbenannte ihre beiderseitigen Anverwandte, als N. N. ꝛc., und sollen dieselben nach unserm beiderseitigen Ableben unser ganzes zurückgelassenes Vermögen zu 5 gleichen Theilen, jedoch mit der Ausnahme erhalten, daß dieselben nachfolgende Legate zu berücksichtigen haben, und zwar ꝛc." Der Mann starb kurz darauf, und nun prätendirten einige jener Verwandten, die Wittwe müsse über das ganze beiderseitige Vermögen, sowohl ihr ursprüngliches als das des Mannes, ein Inventar errichten und Bürgschaft aufrecht machen.

Die oberstrichterliche Entscheidung ging dahin, daß nur für den Nachlaß des vorverstorbenen Ehegatten Sicherheit zu bestellen sey; denn wenn man auch aus den Worten des gegenseitigen Testaments nicht blos auf ein fideicommissum ejus quod superfuturum est schließen dürfe, so könne doch dasselbe wenigstens nicht dahin ausgelegt werden, daß der überlebende Ehegatte von seinem eigenen Vermögen nur die Nutznießung behalten solle und vermöge rechtlich nicht, die Freiheit des Ueberlebenden, über das Seinige nach Gutdünken zu disponiren, zu vernichten. Der Sinn der Disposition sey kein anderer, als der: Auf den Fall meines zuerst erfolgenden Todes ernenne ich meinen Gatten zu meinem einzigen Erben, die bestimmten Personen aber nach seinem Tode zu Universalfideicommissaren; auf den Fall, daß ich meinen Gatten überlebe, ernenne ich dieselben Personen zu meinen Erben. Die Disposition sey ein Testament und kein Erbvertrag, nach Testamentsrecht könne aber nicht einmal der Mensch die Freiheit, seinen letzten Willen zu ändern, sich selbst entziehen.*) Nur soweit die Einsetzung der Verwandten des Vorherverstorbenen und überhaupt der beiderseitigen Verwandten Fideicommiß ist, könne sie nicht mehr geändert werden, wohl aber, so weit sie directe Erbeinsetzung auf Seite des Ueberlebenden ist, also dessen ursprünglich eigenes Vermögen betrifft. — Mehreres hierüber s. oben Kap. III. § 5. lit. D. S. 633. von gegenseitigen Testamenten und überhaupt von der Auflage, eine fremde Erbschaft zu restituiren; Heise D. de aliena hereditate restituenda. Gött. 1816., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 941., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. § 541. (259.)

*) Leyser Sp. 43. Med. 6. und Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 209. stellt wohl den Satz auf, daß ein Erblasser sich auch in einem Testament per modum pacti verbinden könne, sein Testament nicht zu ändern, und daß dieses vom andern Ehegatten acceptirte Versprechen rechtsverbindlich bleibe; aber wohl mit Recht bemerkt Eichhorn deutsch. Privatr. § 342., daß hierin die Praxis zu weit gehe.

Zu 7) Da dem fideicommissarischen Erben nur eine persönliche Klage gegen den Fiduciarerben zusteht, so kann Ersterem nie das bemerkte possessorische Rechtsmittel zuerkannt werden, welches nur einem directen Erben zukommt, s. Geiger u. Glück Rechtsfälle Th. II. S. 145. Ist das Universalfideicommiß in einem Codicill angeordnet, so leuchtet dies um so mehr ein, da jedes Codicill einen Erben voraussetzt, an den es gerichtet seyn und der die Erbschaft erst angetreten haben muß; cf. l. 1. D. 5. 6. — l. 63. D. 36. 1.

Zu 8) Der vermuthlichen Absicht des Testators nach ist immer so zu entscheiden, wie wenn er den Fideicommissar onerirt hätte, nämlich, wie wenn die Restitution deductis legatis angeordnet wäre, l. 2. D. 36. 1. Umfänglich ist diese Frage nach Beschaffenheit der Fälle erörtert in v. Vangerow Pand. Bd. II. § 559., vergl. Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 179., dessen Zeitschr. Bd. IV. S. 124. ꝛc., Stemann in Elvers neuer Themis Bd. I. S. 278.

Zu 9) Der fideicommissarius universalis ist, wenn er gleich, wie Fetzer in den Versuchen zur Bildung des römischen Rechts Abh. 3. bemerkt, unrichtig Erbe genannt werden mag, doch gewiß heredis loco und tritt also pro rata restitutionis an die Stelle des Fiduciars, an welchen auch kein Regreß von Seite der Gläubiger stattfindet, wenn der Fideicommissar zahlungsunfähig wird, § 7. J. 2. 23., s. Braun Erörterungen zu Thibaut § 779. Schulden des Fideicommittenten müssen beim Mangel anderer Erbschaftsmittel auf Begehren der Gläubiger, oder eines der mehreren Fiduciaren aus dem Fideicommiß durch Verpfändung oder Verkauf der Substanz in folgender Weise gedeckt werden:

1) Vorausgesetzt wird, daß alle Fideicommissar-Erben nicht blos Singular-Successoren sind; l. 1. § 16. D. 36. 1. — l. 13. C. 6. 24. — l. 2. C. 4. 16., Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 505.
2) Die Quellen unterscheiden aber nicht zwischen Hypothek- und persönlichen Schulden; l. 38. pr. D. de legat. III.
3) Daß ein deutsches Familienfideicommiß vorliegt, ändert nichts, denn über die Frage, wie weit der Testator zu disponiren befugt sey, entscheidet das römische Recht; s. Erk. des A. Ger. in Leipzig im Wochenbl. f. merkw. Rechtsfälle 1849. S. 257.

Ueber die Berechnung der Trebellianischen Quart und deren Hinwegfallen s. vorzüglich v. Vangerow l. c. § 559., vergl. Braun l. c. § 778., Höpfner Instit. Comm. § 614. u. 615., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 940., v. Wening-Ingenheim Bd. III. § 541. (251—259.), v. d. Nahmer Entscheidungen ꝛc. Bd. I. S. 144.

Ueber die Controverse: ob die s. g. Quarta Trebell. etwas anderes ist, als die Falcidia, angewandt auf Universalfideicommisse, s. Lindelof im civilist. Archiv Bd. IV. S. 436.

Zu 10) Unbezweifelt kann die vacante Portion nur dem Fideicommissar und nicht dem Fiduciar accresciren, wenn dieser sich zur Erbschaftsantretung hat zwingen lassen, l. 43. D. 36. 1. und eben so wenig kann beim fideicommissum tacitum im römischen Sinn*) l. 83. D. 29. 2. dem Fiduciar etwas anwachsen, quia rem non videtur habere. Außer diesen Fällen sind aber die Meinungen getheilt. Dem Fiduciar erkennen die portio accrescens zu: Baumeister das Anwachsungsrecht S. 121., Cujac. obs. l. 12. c. 1. u. 2., Faber Err. Pragm. Dec. 37. no. 5., Vinnii qu. sel. lib. I. c. 55., Rossberger de jure accresc. pag. 213., Glück P. C. Bd. XVI. S. 359. rc., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. §. 763. not. 22., v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 541. (253.); doch unterscheiden Schweppe l. c. § 934., Puchta Lehrb. § 547., ob der Erblasser dem Erben nur seinen Erbtheil oder alles aus der Erbschaft Empfangene zu restituiren auferlegt hat, indem im ersten Fall anzunehmen sey, daß der Testator an den Eintritt einer Accrescenz nicht gedacht habe. Dagegen wird das Accrescenzrecht des Fideicommissars, in so fern nicht ein entgegengesetzter Wille des Testators ausgemittelt werden kann, vertheidigt in v. Vangerow Pand. Bd. II. § 494., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. VI. S. 335., Thibaut System § 995., Roßhirt Lehre von Vermächtnissen Bd. I. S. 172., Voet Comm. ad Pand. lib. 36. tit. 1. § 38. Ueber die Frage: ob in Folge des Anwachsungsrechts mit einer vacant gewordenen Erbschaftsportion auch das auf derselben haftende Universalfideicommiß auf die übrigen Erben übergehe? s. Hofacker Jahrbücher d. Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreich Würtemberg Bd. IV. S. 22.

Zu 11) Auch da kann der Erbe gezwungen werden,**) wenn ihm

*) Die Römer verstanden nämlich darunter das, was versteckt einem Unfähigen hinterlassen ist, und in so fern ganz oder zum Theil an den Fiscus zur Strafe fällt; l. 103. D. de leg. I. — l. 10. D. 34. 9.

**) Gehorcht der Fiduciarerbe dem Zwangsbefehl nicht, so wird nach l. 7. § 1. C. 6. 49. angenommen, daß die Erbschaft angetreten worden sey; s. Heimbach im Rechtslex. Bd. IV. S. 294. Oberster Grundsatz dieses Zwangsrechts ist übrigens, daß dem Fiduciar aus seiner erzwungenen Handlung eben so wenig ein Vortheil als ein Nachtheil erwachsen dürfe, weshalb in dem Fall, wenn der Fiduciar erklärt, daß es ihm unvortheilhaft scheine, sich mit der Erbschaft zu befassen, derjenige, welcher den Zwangsantrag stellt, erklären

die Erfüllung keinerlei Opfer kostet; l. 31. § 2. l. 63. § 7. D. 36. 1., und wenn sie durch einen Stellvertreter erfüllt werden kann, so kann diese auch durch den Fideicommissar geschehen, um dadurch die Möglichkeit der Erbschaftsantretung herbeizuführen; l. 7. l. 31. § 2. l. 63. § 8. D. 36. 1. — Bei der Bedingung, einen bestimmten Namen anzunehmen, wird in l. 63. § 10. D. 36. 1. die Bedingung für erlassen angenommen. Mehrere nehmen dies auch bei andern schwer zu erfüllenden Bedingungen vermöge l. cit. § 7. an, s. dagegen v. Vangerow l. c. S. 567., vergl. Westphal von Vermächtnissen S. 1245.

Zu 12) Das Fideicommiß wird zwar in manchen Fällen gleichwohl aufrecht erhalten, wenn gleich der Fiduciar vor der Antretung der Erbschaft und ohne deren Transmission gestorben ist. Solche Ausnahmen lassen die Gesetze zu: bei dem privilegirten Testamente eines Soldaten, ferner, wenn der directe Erbe bei Lebzeiten des Testators gestorben ist, ohne daß dieser es wußte, oder nach dem Tode des Testators, s. Höpfner Instit. Comm. § 613. in nota, in der Regel ist dann aber das Testament destitut; doch kann es durch die beigefügte Codicillarclausel wirksam erhalten werden, und haben dann die Intestaterben die Restitutionsverbindlichkeit zu erfüllen; l. 14. C. 6. 42., Westphal von Vermächtnissen § 1589., Höpfner l. c.

Zu 13) Der Ausspruch des Scaevola in l. 18. pr. D. 36. 3. ist zwar, wie schon oben im Kap. X. § 6. lit. b. von den Rechtsmitteln der Legatare zur Fr. 7. S. 906. bemerkt ist, bestimmt verneinend, und man kann auch analog dafür anführen, daß bei fideicommissis conventionalibus eine Caution, die nicht verabredet worden ist, auch nicht stattfinde, Hommel Rhaps. obs. 204., indessen wird von manchen Praktikern dagegen eingewendet, der Beisatz in l. cit. secundum ea, quae proponerentur beschränke die Entscheidung doch nur auf die Merkmale des concreten Falls, wo ein respectus parentelae auf Seite des die Caution begehrenden Schwiegersohns des Fiduciars in Betracht kommen konnte, welcher übrigens nur mit seinem Eigenthum, nicht aber mit dem fideicommittirten Gut verschwenderisch umgegangen war, und sowie l. 4. D. 36. 4. da, wo durch Vertrag dem Cautionsanspruch eine Schranke gesetzt ist, doch die Billigkeit bei außerordentlichen Umständen prävaliren läßt, um nicht dem Untergang Preis zu geben,

---

muß, daß die Erwerbung der Erbschaft auf seine Gefahr vor sich gehen solle, und für alles, was der Fiduciar durch die Erwerbung der Erbschaft verliert, Entschädigung leisten oder wenigstens anbieten muß; l. 16. §. 7. l. 71. D. 36. 1. — l. 11. pr. l. 27. § 15. D. eod.

was nur fidei committirt ist, so dürfe wohl auch bei der testamentarischen Cautionserlassung dasselbe angenommen werden; Schmidt in den hinterlassenen Abhandl. Th. I. S. 185. ist deshalb des Dafürhaltens, daß eine gegründete Besorgniß wegen Dissipation des Fideicommisses, auch unerachtet der Testator die Caution erlassen hat, berechtige, sie zu verlangen, gleichwie die selbst gesetzlich von einer Cautionsverbindlichkeit gegen ihre Kinder befreiten Eltern doch unter Besorgniß erregenden Umständen, z. B. wenn die Eltern zur 2ten Ehe schreiten, dazu gehalten sind. Auch Leyser Sp. 407. Med. 4. stellt den Satz auf: personae a cautione fideicomm. immunes tunc, quum *manifestum* dissipationis periculum subest, ad eam praestandam compelluntur. Da wäre allerdings casus doli anzunehmen; l. 50. D. 36. 1. — l. 27. § 3. D. 2. 14.

Zu 14) Mehrere Rechtsgelehrte begreifen unter den filiis et filiabus, von welchen l. 6. cit. spricht, die nepotes mit Beziehung auf l. 84. 201. 220. D. 50. 16. — l. 59. D. 23. 2. — l. 41. § 5. D. de leg. III., Stryck Usus mod. lib. 36. Tit. 3. § 2., Vinnii sel. qu. lib. II. c. 29., allein dies gilt doch im Allgemeinen nur von dem Wort liberi, von filiis aber nur uneigentlich in besonderen Fällen; denn in der Regel hat letzteres eine eingeschränktere Bedeutung, l. 6. D. 26. 2. — l. 220. pr. D. 50. 16. — § ult. J. 1. 14. Die Schlußworte der l. 6. C. 6. 49. aber: ea, quae de ea satisdatione diximus, non ulterius, quam in his personis et casibus, opportere produci, verbieten eine Ausdehnung; Boehmer de liberis fideic. oneratis § 21., Knipschildt de fideic. fam. C. 12. no. 41., Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 83.

Zu 15) Die l. 18. pr. D. 36. 3. scheint auch hier entgegen zu stehen, indem durch Annahme einer bestimmten Caution der Anspruch auf eine weitere Sicherheit ausgeschlossen zu seyn scheint, indessen wird dies gewöhnlich nicht auf außerordentliche Fälle ausgedehnt; Voet Comm. ad Pand. lib. 36. tit. 3. § 13., Boehmer l. c., Lauterbach Coll. th. pr. Lib. 36. tit. 3. § 8., Knipschildt l. c. Cap. 12. no. 34. 2c.*)

---

*) l. 4. D. 36. 4. rechtfertigt dieses auch ausdrücklich; denn nachdem in l. 3. die Regel vorangestellt ist, daß, wer sich mit einer zu geringen Caution begnügt hat, dies seiner eigenen Schuld zuzurechnen habe, folgt die Ausnahme: plane si nova causa allegetur, veluti quod fidejussor decesserit, aut etiam rem familiarem inopinato fortunae impetu amiserit, aequum erit, praestari cautionem.

Zu 16) Es wurde in Anwendung der l. 11. § 7. u. 9. D. de leg III. in 2 Instanzen für ein rechtsverbindliches Fideicommiß erkannt, s. v. Gönner u. Schmidtlein Jahrbücher Bd. I. S. 377., jedoch ist nicht auch eine ganz unbestimmte empfehlende Aeußerung an den Erben für ein Fideicommiß anzusehen, vergl. Kap. X. § 5. Fr. 4. S. 888. Nach einer Entscheid. des O. A. Ger. in Dresden, s. Wochenbl. f. merkw. Rechtsf. 1852. S. 167. kann ein Fideicommiß nicht durch bloße Wünsche des Testators, sondern nur dadurch errichtet werden, daß derselbe die Absicht genügend erklärt, dem onerato eine rechtliche Verbindlichkeit aufzulegen. In diesem Sinn werden die gesetzlichen Bestimmungen in l. 115. l. 118. D. de legat. I. — l. 11. § 2. D. de leg. III. — l. 41. § 6. D. 40. 5. — l. 12. C. 7. 4. aufgefaßt, Westphal von Vermächtnissen § 1564. u. 1566.

Zu 17) Zwar können sie veräußerte Objecte, insbesondere auch cedirte Activobligationen (jene au porteur ausgenommen) gegen jeden Besitzer vindiciren, aber ein Separationsrecht an den Früchten des Fideicommisses kann ihnen nicht zuerkannt werden, weil es sich von keiner Fideicommißschuld, sondern von einer Verbindlichkeit gegen das Fideicommiß handelt, und dessen Früchte, sowie Lehnsfrüchte zur Allodialmasse gehören; eben so wenig aber eine gesetzliche Hypothek, weil diese in den Gesetzen nur den Legaten und Singularfideicommissen gegeben ist, s. v. Gönner Beiträge zur Jurisprudenz der Teutschen Bd. I. S. 79.

Zu 17 a) Alle zur Zeit des Todes des Erblassers oder vielmehr des Erbschaftsantritts schon reifen natürlichen Früchte, l. 9. D. 25. 2., sowie fällige Civilfrüchte, l. 58. § 2. D. 36. 1. gehören zum Capitalstock der zu restituirenden Erbschaft. Bei den weiter erwachsenden Früchten kommt es auf den Zeitpunkt an, wo der Restitutionspflichtige in moram versetzt worden ist. Dieser beginnt aber, da der Grundsatz dies interpellat pro homine bei Vermächtnissen keine Anwendung leidet, erst von dem Augenblick, da der Fideicommissar sein Recht auf Herausgabe geltend macht. Bevor dies geschehen, bleiben sie dem Fiduciar, vorausgesetzt, daß dieser sich die Früchte schon angeeignet hat, und zwar die natürlichen durch Perception, die bürgerlichen durch Eincassirung. Auch bei einem betagten Fideicommiß ist die mora nie schon mit dem Eintritt des dies vorhanden; Hoffmann in Linde's Zeitschr. N. F. Bd. I. S. 89.

Kapitel XII.

Donatio mortis causa.

Dig. XXXIX. 6. de mortis causa donationibus. Cod. VIII. 57. de donationibus mortis causa. Inst. II. 7. § 1. de donationibus. Dig. XXXIX. 5. de donationibus.

1) Welche Förmlichkeit ist zur Schenkung von Todes wegen, wenn sie nicht durch Tradition sogleich perficirt wird, erforderlich?
2) Da die Schenkung auf den Todesfall sich von der Schenkung unter Lebenden dadurch unterscheidet, daß jene nur durch den Tod des Schenkers perfect wird, bis dahin aber, oder wenn sie mit Rücksicht auf eine bevorstehende besondere Todesgefahr gegeben ist, bis zu deren glücklichem Ueberstehen immer schwebend, mithin auch widerruflich ist, wofern der Schenker nicht ausdrücklich sich des Rechts zum Widerruf begibt, l. 13. § 1. l. 35. § 4. D. 39. 6. — Nov. 87. c. 1. — so kann, wenn Schenker und Beschenkter gleichzeitig sterben, die Frage entstehen, ob die Erben des Letzteren sie noch von den Erben des Ersten fordern können?
3) Gilt im Zweifel die Vermuthung für eine Schenkung unter Lebenden oder auf den Todesfall?
4) Wenn die auf den Todesfall, mithin widerruflich geschenkte und tradirte Sache bei dem Empfänger untergeht, was hat dieser dem Geber, falls derselbe die Schenkung widerruft, zu prästiren?
5) Aus welchen Peculien und unter welchen Voraussetzungen kann der filius familias Schenkungen auf den Todesfall machen?*)
6) Ist eine donatio omnium bonorum eines Ehegatten an den Andern auf den Todesfall mit Uebergehung der Eltern des Schenkers unter beigefügter Codicillarclausel durchaus ungültig?

*) Ueber die Fähigkeit des Schenkers überhaupt s. l. 1. § 1. D. 27. 3. — l. 32. § 8. D. 24. 1. — l. 7. D. 39. 6., über die des Beschenkten l. 9. l. 22. l. 35. pr. D. 39. 6.

7) Wird durch eine donatio bonorum m. c. die Intestaterbfolge aufgehoben und fällt dadurch auch die falcidische Quart hinweg?

8) In wie weit kann eine m. c. donatio omnium bonorum von dem dadurch hintangesetzten Pflichttheilsberechtigten impugnirt werden, insbesondere wenn sie mit der Codicillarclausel versehen ist?

Zu 1) Unter den verschiedenen Meinungen*) scheint diejenige Erklärungsart der Gesetze, insbesondere der neuesten Bestimmungen Justinians in l. 4. C. 8. 57. u. Nov. 87. praef. die richtigste zu seyn: daß bei einer Schenkung unter 500 Solidis, wenn sie von Todes wegen geschieht, eben so wenig, als unter Lebenden eine weitere Förmlichkeit außer der Acceptation erfordert werde; wenn sie aber diese Summe übersteigt, entweder die Codicillarform der Zuziehung von 5 Zeugen, welche aber auch uno actu zugegen seyn müssen, s. Höpfner Instit. Comm. § 414., oder die gerichtliche Insinuation nöthig sey, s. v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 135., v. Savigny System des heutigen röm. Rechts Bd. IV. § 172., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 563., Mühlenbruch Lehrb. Bd. III. § 762., Höpfner Instit. Comm. § 414. u. not. 6., v. Bülow Abhandl. Th. II. S. 138. Die von Wiederhold in Linde's Zeitsch. Bd. XV. S. 96. behauptete, neuerlich von dem O. A. Ger. in Darmstadt durch Erkenntnisse v. J. 1844. u. 1853. s. Seuffert Archiv Bd. VII. S. 246. adoptirte Meinung, als sey durch l. ult. C. 8. 57. die Codicillarform für alle m. c. donationes vorgeschrieben, darf wohl durch die vorangeführten Schriftsteller als genügend widerlegt erachtet werden. Acceptation von Seite des Beschenkten ist auch bei der m. c. donatio allemal nöthig, obgleich v. Quistorp in den rechtlichen Bemerkungen Th. I. not. 93. mit einigen von ihm allegirten Rechtsgelehrten das Gegentheil behauptet; doch wird auch eine stillschweigende Acceptation für genügend erachtet, wenn der Donatar zugegen ist und schweigt, s. Meyerfeld Lehre v. d. Schenkungen Bd. I. S. 37., v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörterungen Bd. III. no. 39. Uebrigens kann auch eine nicht acceptirte

---

*) Vergl. Haubold opusc. acad. ed. Wenk Vol. I. pag. 489., Schirach im civilist. Archiv Bd. II. no. 31., Müller über die Natur der Schenkung auf den Todesfall, Hasse im Rhein. Museum Bd. II. S. 300., Bd. III. S. 371., Zimmern in d. Tübinger krit. Zeitschr. Bd. III. S. 234., v. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 97.

m. c. donatio nach Absicht und Ausdruck die Eigenschaft eines gültigen Fideicommisses annehmen, l. 75. l. 77. § 26. D. de legat. II. — l. 28. D. 39. 6. — l. 18. § 2. eod. — Nov. 87. c. 1., indem es bei diesem überhaupt mehr auf den Willen als auf die Worte ankommen, und namentlich nichts schaden soll, daß die Worte eines schriftlichen Aufsatzes nicht an den Erben, sondern an den Fideicommissar gerichtet seyen; l. 39. § 1. l. 78. § 1. D. de leg. III. — l. 21. C. 6. 37. — l. 1. u. 2. C. 6. 43. — § 2. u. 3. J. 2. 20., v. Savigny l. c. S. 253. u. 265., Höpfner l. c., Thibaut System § 567., Müller ad Leyser obs. 698., Meyerfeld Lehre von den Schenkungen Bd. I. S. 83. no. 14., Schweppe röm. Privatr. Bd. V. § 947. Widerruflichkeit ist wesentlicher Charakter der don. m. c. und gilt daher auch bei gegenseitigen Schenkungen auf den Todesfall. Die Ansicht von Schirach im civilist. Archiv Bd. II. no. 31., welcher die Schenkungen auf den Todesfall überhaupt als Erbverträge betrachtet, ist daher wohl mit Recht verworfen worden in den in Emminghaus Sächs. Pand. S. 625. no. 2. u. 4. angeführten Erkenntnissen des O. A. G. in Dresden u. Jena.

Unwiderrufliche Uebereignung auf den Todesfall wäre daher keine wahre don. m. c.; doch nimmt man, wenn der Schenker seine auf den Todesfall gemachte Schenkung ausdrücklich als unwiderruflich erklärt hat, an, daß eine solche aufrecht erhalten werden könne, in so fern sie blos eine Begebung des Reuerechts enthält, wofern nur das Vermögen nur, wie es beim Todesfall vorhanden seyn werde, verschenkt, und nicht die Schenkung auch für den Fall, daß der Beschenkte früher als der Schenker stürbe, bestehend erklärt ist; s. d. Erkenntn. d. O. A. G. in Dresden und Jena in Emminghaus Sächs. Pand. S. 638. no. 13. u. 14., vergl. Mühlenbruch Pand. Lehrb. Bd. III. § 769.

Zu 2) Bejahend entscheidet l. 26. D. 39. 6. Man kann nämlich streng genommen nicht sagen, das Ueberleben des Empfängers sey erforderlich, sondern nur das Nichtüberleben des Gebers. Der dieser Schenkung zum Grund liegende Gedanke läßt sich demnach so ausdrücken, daß der Geber das Geschenk seinem Erben weniger gönnt, als dem Beschenkten, diesem aber weniger als sich selbst; l. 1. pr. l. 35. § 2. D. 39. 6. — § 1. J. 2. 7. Der Schenker muß aber auch in einem solchen Zustand sterben, daß er zur Zeit des Todes noch über sein Vermögen verfügen kann; l. 7. D. 39. 6. — l. 32. § 7. D. 24. 1., v. Savigny l. c.

Zu 3) v. Savigny l. c. S. 242. not. h. hält dafür, daß sich darüber keine allgemeinen Regeln geben lassen, sondern nur die Umstände

des einzelnen Falles entscheiden müßten. Andere präsumiren für eine Schenkung unter Lebenden, s. Thibaut System § 565. (Ed. 8.) bezüglich l. 2—4. l. 35. § 4. D. 39. 6. — J. G. Bauer opusc. T. I. pr. de forma donat., Haubold l. c. Insbesondere darf man ein unbedingt ertheiltes Geschenk, dessen Vollzug nur auf die Zeit des Todes des Gebers ausgesetzt ist, nicht mit einer donatio m. c. verwechseln; Thibaut l. c.*) Die Sächsischen Dicasterien entscheiden, wenn es streitig ist, ob donatio m. c. oder inter vivos anzunehmen sey, im Zweifel für letztere, gestehen aber auch zu, daß sehr genau auf die gebrauchten Worte Rücksicht zu nehmen, keineswegs aber die Entscheidung allein von dem Umstande abhängig zu machen sey, daß dabei des Todes des Schenkers Erwähnung geschehen, wie Hommel Rhaps. Obs. 513. behauptet; s. Emminghaus l. c. no. 3. S. 626.

Die mündliche Erklärung des A. gegen B., Letzterer solle aus seiner des A. Verlassenschaft 2000 Thlr. erhalten, fällt unter den Begriff einer don. m. c. und ist daher wegen Formlosigkeit nach l. 4. C. 8. 57. für ungültig zu achten; s. Emminghaus Sächs. Pand. S. 626. no. 4. gegen Schirach im civil. Archiv Bd. II. no. 31., welcher die Schenkungen auf den Todesfall als Erbverträge betrachtet wissen will.

Zu 4) Was mit Vorsatz oder Schuld des Empfängers vernichtet, beschädigt oder gestohlen worden ist, muß er ersetzen, l. 39. D. 29. 6. — l. 17. § 1. 2. 4. D. 19. 5. quoniam scit, posse sibi condici, und auch die in der Zwischenzeit aus der geschenkten Sache gezogenen Früchte vergüten; l. 12. D. 12. 4. — l. 38. § 3. D. 22. 1., wogegen aber natürlich der Schenker auch dem Beschenkten die auf die geschenkte Sache gemachten Verwendungen ersetzen muß; l. 14. D. 22. 1. Hat Letzterer sie verkauft, so hat der Geber die Wahl, durch die Condiction den erlösten Kaufpreis oder den wahren Werth zu fordern; l. 37. § 1. D. 39. 6., v. Savigny l. c. Bd. IV. S. 256.

Zu 5) Unstreitig kann er aus dem peculio castrensi und quasi castrensi von Todes wegen eben so wie unter Lebenden schenken, l. 7. § 6. D. 29. 5., in Ansehung aller andern Peculien aber der Regel nach nicht ohne Zustimmung des Vaters; l. 7. § 4. u. 5. D. 39. 5. — l. 25. § 1. D. 39. 6. Doch gibt es Ausnahmen, und zwar

a) beim pec. profectitio, wenn dem Sohne diese Befugniß ausdrücklich eingeräumt oder vermöge seines Standes für eingeräumt an

---

*) In welchen Beziehungen die donatio m. c. den Legaten gleich gestellt ist, und in welcher sie von ihnen abweicht, s. Schröter l. c., Hasse l c., v. Vangerow l. c.

zusehen ist, l. 7. § 2. u. 3. D. 39. 5., aber auch: si filius justa ratione motus donet, wird dieses in dem Fall, da der Vater ihm liberam peculii administrationem überlassen hat, in seiner Dispositionsbefugniß inbegriffen; l. 7. § 1. D. 39. 5.

b) beim peculio adventitio, wenn es irregulare ist. Indessen sind hier die Meinungen sehr verschieden. Einige gestehen dem Hauskind an keiner Art von Adventizgut eine Schenkungsbefugniß auf den Todesfall zu, ja Manche selbst nicht mit Einwilligung des Vaters, weil dem Hauskind das Recht der Testamentifactio fehle und die l. 7. § 4. u. 5. D. 39. 5., sowie l. 25. § 1. D. 39. 6. nur vom pecul. profect. zu verstehen sey, s. Fritz im civilist. Archiv Bd. VI. S. 203. rc., Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. VIII. S. 408., Müller über die Schenkung auf den Todesfall S. 75. rc., wogegen aber einzuwenden ist, daß die Fähigkeit zu einer m. c. donatio nicht von der testamentifactio abhängt; v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen Bd. II. S. 113., v. Savigny System d. h. R. R. Bd. IV. S. 259., v. Vangerow Pand. Bd. II. § 562. S. 587., vergl. jedoch S. 80.

Es scheint demnach mit Meyerfeld l. c., Dahmen D. de filio fam. de peculio adventitio irregulari etiam mortis causa disponere valente. Heidelberg 1760., Puchta Lehrb. § 457. no. 5., Mühlenbruch Lehrb. § 640. not. 11. in Praxi angenommen zu seyn, daß der Haussohn über das peculium adventitium ordinarium nur mit väterlicher Einwilligung m. c. disponiren könne, über das extraordinarium aber, so fern er volljährig ist, ganz unbeschränkte Disposition habe, so fern er aber minderjährig ist, nur die Grundsätze von Schenkungen Minderjähriger überhaupt in Anwendung kommen, vergl. v. Buchholz jurist. Abhandl. S. 249. Hat der Minderjährige seine Schenkung eidlich bestärkt, so kann er nach Canonischem Recht sie nicht anfechten; c. 8. X. de probat. (2. 19.)

Im Falle nun des Vaters Einwilligung nöthig ist, wird auch die Frage aufgeworfen, ob der Vater die einmal gegebene Einwilligung widerrufen könne? s. Vinnius ad pr. J. quibus non est permissum no. 3., Höpfner Instit. Comm. § 414. not. 2. Man sollte aber wohl glauben, daß die Einwilligung in eine widerrufliche Handlung von selbst nicht als unwiderruflich gedacht werden könne.

Zu 6) Durchaus ungültig ist sie nicht. Wenn die Codicillarclausel beigefügt ist, so können die Eltern nur den Pflichttheil, nicht auch die

Trebellianische Quart fordern, s. Geiger u. Glück Rechtsfälle Bd. III. S. 153.

Zu 7) Diese Frage unterlag besonders in einem Fall, wo der Ehemann seiner Frau sein ganzes Vermögen von Todes wegen geschenkt hatte, und nun dessen Bruder als nächster Intestaterbe wenigstens die Falcidische Quart von der in den Besitz der ganzen Erbschaft gelangten Wittwe forderte, der verschiedensten Beurtheilung bei sechs Juristenfacultäten, worunter jedoch die Entscheidung die Oberhand gewann, daß eine Schenkung von Todes wegen (und dafür war sie ausdrücklich von den beiden Eheleuten erklärt, dadurch aber die Unterstellung eines Erbvertrags ausgeschlossen) als bloße Singularsuccession die Intestaterbfolge und den Abzug der Falcidischen Quart nicht aufhebe, s. Madihn Miscellen Bd. I. S. 142. Durch eine m. c. donatio kann nie eine per universitatem successio begründet werden; s. Schröter in Linde's Zeitschr. Bd. II. S. 148., Müller über die Natur der Schenkungen auf den Todesfall § 43. 44. gegen Zimmern in der Tübinger Zeitschr. Bd. III. S. 240.

Zu 8) Die gesetzlichen Vorschriften in Ansehung pflichtwidriger Testamente, worin Notherben übergangen sind, lassen sich nicht schlechthin auf Schenkungen anwenden, denn sie geben nicht wie jene titulum universalem, sondern nur singularem. In einer Schenkung auf den Todesfall kann so wenig als in einem Codicill eine Erbeinsetzung oder Enterbung geschehen. Gleichwie eine lieblose Schenkung unter den Lebendigen nur in Ansehung des Pflichttheils rescindirt werden kann, l. 2. l. 8. C. 3. 29., so ist den Notherben bei Schenkungen auf den Todesfall in l. 5. 10. 11. C. 6. 50. das Recht gegeben, die Falcidische Quart oder, weil der Pflichttheil mehr als jene beträgt, statt derselben diesen abziehen zu dürfen. Auf die angehängte Codicillarclausel kommt hier gar nichts an, weil die Gültigkeit der Schenkung nicht von dieser Clausel abhängt, und da also der Fall nicht eintritt, daß man ein Fideicommiß anzunehmen hätte, so kann auch vom Abzug der Trebellianischen Quart nicht die Rede seyn; Geiger und Glück merkw. Rechtsfälle Bd. III. S. 153. Auf Schenkungen von Todes wegen sind auch die Verordnungen des canonischen Rechts vom doppelten Abzug des Pflichttheils und der Trebellianica nicht anwendbar; Glück P. C. Bd. VII. S. 181.

Kapitel XIII.

Hereditas pactitia

A) Pacta hereditaria adquisitiva.

1) Ist zur Gültigkeit eines Erbvertrags *) gerichtliche Errichtung oder Bestätigung oder wenigstens schriftliche Abfassung nöthig?
2) Ist die deutschrechtliche Gültigkeit der Erbverträge auf den Adelsstand beschränkt?
3) Ist derjenige, welcher einen Andern durch Vertrag zu seinem Erben macht, hierdurch verhindert, Schenkungen und andere Dispositionen unter Lebenden vorzunehmen?
4) Welcher Zeitpunkt entscheidet hinsichtlich der Erbfähigkeit aus einem Erbvertrag?
5) Gilt ein Erbvertrag auch über einzelne Sachen?
6) Gilt der Vertrag über die Erbschaft eines Dritten, welcher dazu nicht eingewilliget hat?
7) Hat die Verletzung des Notherbenrechts die Nichtigkeit des Erbvertrags zur Folge?
8) Wenn Eltern nach vertragsmäßiger Abfindung ihrer Kinder über ihr übriges Vermögen zu Gunsten Fremder testiren, können dann die Kinder ein solches Testament wegen Präterition anfechten?
9) Kann der Vertragserbe die Erbschaft auch ausschlagen? und kann er nach der Ausschlagung auf sein gesetzliches Erbrecht zurückgehen?
10) Kann er das durch den Vertrag erworbene Erbrecht, wenn er vor dem Erblasser stirbt, auf seine Erben transmittiren?
11) Steht dem Vertragserben ein jus accrescendi zu?

---

*) oder: Beerbungsvertrag, s. Beseler Lehre v. d. Erbverträgen Th. II. S. 24. Derselbe bezieht sich nämlich nicht auf den Nachlaß einer noch lebenden Person, sondern auf ihre Beerbung, indem er entweder ein wahres Erbrecht begründet oder aufhebt. — Der Vertrag über die Erbschaft eines Dritten gehört dagegen so gut wie die hereditas vendita in das Obligationenrecht, indem dadurch nur eine Obligation der künftigen Erben construirt, mithin nur mittelbar dasselbe Resultat bewirkt wird.

12) Finden die Grundsätze des Römischen Rechts de his, quae ut indignis auferuntur, auch bei der vertragsmäßigen Erbfolge Statt? — und ist auch Widerruf wegen Undanks zulässig?
13) Sind die Grundsätze, welche nach Römischem und Canonischem Recht die Gültigkeit und Wirksamkeit der letzten Willenshandlungen aufheben, auf deutsche Erbverträge anzuwenden?
14) Können auch Kinder, welche noch unter väterlicher Gewalt stehen, Erbverträge gültig errichten?
15) Können auch Vermächtnisse mittelst eines Erbvertrags gültig errichtet werden? Kann auch die Zuwendung des Pflichttheils darin gültig geschehen oder auch eine Enterbung in dem mit einem Dritten errichteten Erbvertrag verfügt werden?
16) Wird ein Erbvertrag wegen nachgeborener Kinder hinfällig?
17) Muß der Vertragserbe mit seinem eigenen Vermögen für die Schulden haften?
18) Sind Bedingungen bei der vertragsmäßigen Erbeinsetzung eben so wie bei der testamentarischen unzulässig?

Zu 1) Wo nicht Particularrechte*) anders verfügen, ist ein Erbvertrag durch den wechselseitigen Consens schon für perfect zu erachten. Die Behauptung Einiger, s. Hommel Rhaps. Obs. 638., daß gerichtliche Errichtung oder Bestätigung nöthig sey, ist fast von allen neueren Rechtsgelehrten verworfen, und wird daher in Praxi nicht erfordert; s. v. Hartitzsch Entscheidungen ꝛc. no. 169., Beseler l. c. § 2. u. 9., Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. III. no. 258. Wenn aber mehrere selbst die schriftliche Errichtung nicht nöthig finden, s. Mittermaier deutsch. Privatr. § 453. (402.), Westphal deutsch. Privatr. Th. II. no. 71., Runde deutsch. Privatr. § 660., so ist doch die Stütze solcher Behauptung, welche man in deutscher Gewohnheit findet, gewiß sehr schwankend, indem ein entschiedener Rechtsgebrauch durch ganz Deutschland schwer zu beweisen seyn dürfte. Wo ein solcher jedenfalls nicht empfehlungswerther Gebrauch besteht, konnte er nur daraus entspringen, daß nach deutschem Recht jeder Vertrag klagbar ist. Allein das Obligationen-Recht in das Gebiet des Erbrechts und der

*) Aus unverkennbar guten Gründen läßt das Oesterreichische Gesetzbuch § 602. Erbverträge nur unter Ehegatten zu, wodurch die schwierigsten Streitfragen wegfallen.

Dispositionen auf den Todesfall unbedingt hineinzuziehen, um sie dadurch von allen weisen Vorsichtsmaßregeln, welche das R. R. für diese bestimmt hat, zu entbinden, ist gewiß bedenklich. Es ist nicht wohl eine *obligatio* dessen zu denken, welcher diese selbst nicht einmal erfüllen kann, und eben so wenig, daß der gesetzliche Erbe durch eine behauptete obligatio des Erblassers gebunden werden soll, daß er nicht, sondern ein Anderer Erbe werde, s. Hasse im Rhein. Museum Bd. II. S. 206., Eichhorn deutsch. Privatr. § 342., Gründler Polemik d. german. Rechts. Th. III. S. 430.

Zu 2) Nachdem man von der aus dem römischen Recht entlehnten Meinung, daß adquisitive Erbverträge überhaupt ungültig seyen, zurückgekommen ist, glauben gleichwohl Manche, daß der deutsche Gebrauch der Erbverträge sich blos auf den Adel beschränke, bei Bürgerlichen aber nur durch besondere Gewohnheiten und Statuten für Ehepacten und Einkindschaften begründet werden könne, s. Cocceji jus controv. Lib. II. tit. 14. qu. 3. § 4., Lyncker Resp. l. 5. no. 2., Strecker D. doctrina de pactis successoriis ejusque usu in Germania XI. § 5., allein nach der Autorität der meisten und bewährtesten Rechtsgelehrten, als Schilter, Wernher, Cramer, Heineccius Elem. jur. germ. Lib. II. § 167. no. 3., Leyser Sp. 43. Med. 5., Struben rechtl. Bedenken Th. II. S. 256., Runde l. c. § 660., Kapff merkw. Civilrechtssprüche Bd. I. S. 26., Gründler Polemik Th. III. § 658., Pütter Rechtsfälle Bd. III. Th. I. Resp. 258. ist dies nicht blos als Vorzug eines privilegirten Standes anzusehen.

Zu 3) Ein Erbvertrag hebt nur die Befugniß zu Dispositionen auf den Todesfall auf, beschränkt aber, da sein Gegenstand nur der künftige Nachlaß ist, nicht die Dispositionsfreiheit unter Lebenden, selbst nicht die Veräußerung unbeweglicher Sachen, wenn deren Unveräußerlichkeit nicht besonders festgesetzt ist, s. Eichhorn l. c. § 344., Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. IV. no. 391., Mittermaier l. c. § 454. (403.), eben so wenig die Freiheit zu Schenkungen,*) wofern nicht dolus vorliegt, welcher zwar bei einer donatio omnium bonorum zweifelsfrei wäre, außerdem aber vom Vertragserben bewiesen werden müßte, was wohl meistens nur durch künstlichen Beweis geschehen kann; s. Beseler Lehre von den Erbverträgen Bd. I. S. 259. Selbst wenn der

---

*) Doch ist, wenn auch die Consequenz zur entgegengesetzten Ansicht zu führen scheint, s. Beseler l. c. S. 263., die donatio mortis causa nicht zulässig; Paez Comm. pag. 976. cit. § 10., Eichhorn l. c., Mittermaier l. c., Hommel Rhaps. Vol. VI. qu. 708.

Erbvertrag auf eine Liegenschaft in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, kann dies die Natur des Erbvertrags, welche Dispositionen unter Lebenden nicht ausschließt, nicht ändern, denn der Vertragserbe erhält ja nur auf dasjenige einen Anspruch, was der Andere hinterlassen wird; s. Mittermaier l. c. Zwar räumt Eichhorn l. c. dem Vertragserben ein Widerspruchsrecht gegen Veräußerungen ein, welche in der Absicht, sein Recht zu vereiteln, vorgenommen werden, dabei möchte es aber immerhin mit der probatio doli mißlich aussehen. Das Preuß. Landrecht Th. I. Tit. 12. § 626. gesteht dem Vertragserben blos den Antrag auf Prodigalitätserklärung zu, wenn die Handlungsweise des Promittenten von der Art ist, um ihn nach den Gesetzen für einen Verschwender erklären zu können, im Fall übermäßiger Schenkungen aber den Widerruf nur in den Gränzen, innerhalb deren der Schenker selbst nach den Gesetzen zum Widerruf berechtigt war; ib. § 625., vergl. Paez Comm. successione per pactum promissâ, quatenus promittenti facultas inter vivos disponendi ademta sit. Gött. 1801. § 14—16.

Zu 4) Es genügt, wenn der Vertragserbe die Erbfähigkeit nur zur Zeit des Todes des Erblassers, und wo das Erbrecht in Wirksamkeit treten soll, wirklich hat; s. Beseler l. c. Bd. II. S. 256., Mittermaier l. c. § 454.

Zu 5) Nach römischem Recht wäre derselbe wohl ungültig, s. Hasse im Rhein. Museum Bd. III. S. 370., für dessen Gültigkeit aber nach deutschen Rechten sprechen mehrere Autoritäten, s. Mittermaier l. c. S. 506. u. 511. Mit dem Tode des Erblassers soll das Recht des Vertragserben auf die Sache dergestalt wirksam werden, daß er sie sogar gegen einen Dritten vindiciren kann; s. Eichhorn l. c. § 344., Stryck de succ. ab intest. Diss. 8. cap. 7. § 30. 31. 49. Doch wäre dies nach Eichhorn l. c. not. c. in Ansehung unbeweglicher Sachen mit der Einschränkung zu verstehen, wenn nicht nach den Gesetzen eine gerichtliche Handlung zur Erwerbung eines Rechts daran nöthig ist.*)

*) Diese Einschränkung erklärt jedoch Beseler l. c. Bd. II. S. 216. für inconsequent, denn entweder ist der Erbvertrag hier ein vollgültiger, so muß er es in allen Fällen seyn, ist er es aber nicht, so kann es keinen Unterschied machen, ob der Erwerb des Rechts durch eine gerichtliche oder außergerichtliche Handlung bewirkt wird. Beseler statuirt aber überhaupt keinen Erbvertrag an einzelnen Sachen, weil er von seinem Begriff den Charakter einer Universalsuccession für unzertrennlich erachtet, wo nicht nach deutschem Recht noch ein Erbrecht an einzelnen Sachen sich erhalten hat, z. B. bei

Zu 6) Bekanntlich läßt die l. 30. C. 2. 3. einen solchen Vertrag nur unter Zustimmung desjenigen gelten, um dessen Erbschaft es sich handelt. Unter dieser Voraussetzung ist daher nirgend ein Zweifel über die Gültigkeit eines solchen Erbvertrags; s. Gebr. Overbeck Meditt. Bd. IV. S. 189.

Außerdem waren die meisten älteren Rechtsgelehrten der Meinung, daß den römischen Rechtsgrundsätzen über Ungültigkeit solcher Verträge um so mehr nachzugehen sey, als man auch in ältern deutschen Rechtsbüchern, z. B. Capitular. Lib. VII. c. 328., Schwabenspiegel c. 278. damit und insbesondere mit l. 2. C. Th. fam. ercisc. ganz übereinstimmende Grundsätze finde. Unter den neueren Rechtsgelehrten findet man diese Meinung vorzüglich vertheidigt in Kapff merkw. Civilrechtssprüchen Bd. I. S. 33., Hasse im Rhein. Mus. Bd. II. S. 228. Dagegen wird aber eingewendet, daß weder die Capitulare noch der Schwabenspiegel ein gemeines Recht begründen, daß vielmehr die Zulässigkeit der Erbverträge in Deutschland ohne eine besondere Ausnahme in Praxi anerkannt sey, und auch die Analogie des Longobardischen Lehenrechts dafür spreche, Feud. I. 27. § 1., Sächs. Lehenrecht Kap. 10., Auctor vetus de beneficiis § 27., Mittermaier d. Privatrecht Bd. II. § 453., Gründler Polemik Th. III. § 659., Thibaut System d. P. R. § 678., Hommel Rhaps. Obs. 59., Kreitmaier Anmerk. ad Cod. Bavar. civil. P. III. Cap. 11. § 1. no. 4., Eichhorn deutsch. Privatr. § 343. Dafür ist auch ein Erkenntniß des O. A. Ger. in Stuttgart anzuführen; s. Hufnagel Mittheilungen H. I. S. 211. — Man kann demnach mit Grund behaupten: Erbverträge zu Gunsten eines Dritten gewähren diesem erst dann ein Recht, welches er klagbar verfolgen kann, wenn entweder er selbst dem Vertrage beigetreten ist, oder wenn die Paciscenten selbst nicht mehr berechtigt sind, den Vertrag aufzuheben, was mit dem Tode des einen oder andern Theils eintritt; s. Erk. d. O. A. Ger. in Dresden in Emminghaus Pand. S. 637. no. 8.

Zu 7) Verschiedene Ansichten hierüber s. Paez Comm. cit. § 9., Beseler Lehre v. d. Erbvertr. Bd. II. S. 296., Linde Obs. quaedam de succ. germ. inprimis pactitia. Bonn 1820. pag. 19. Da man aber darin einig ist, daß ein Erbvertrag, zum Unterschied von der donatio mortis causa, eine Universalsuccession begründe, so ist keine hinlängliche

---

Familienfideicommissen. Außerdem wäre die Vergabung einzelner Sachen von Todes wegen als eine donatio mortis causa zu betrachten; s. auch v. Langenn u. Kori Erörterungen Th. II. no. 25.

Ursache vorhanden, um nicht die rechtliche Folge hier eben so wie bei einem die Rechte der Notherben verletzenden Testament zu bestimmen, wo nach dem reinen Derogationssystem nur die Erbeinsetzung aus dem Testament herausgenommen, und der nächste gesetzliche Erbe dagegen eingeschoben wird. Sehr viele Germanisten beschränken indessen das Recht zur Anfechtung nur auf Gewährung des Pflichttheils; Hommel Rhaps. I. Obs. 203., Eichhorn l. c. § 343., Maurenbrecher Lehrb. § 562. no. 1., Mittermaier l. c. § 454., Brinkmann wissenschaftlich prakt. Rechtskunde Bd. I. S. 79., Eichhorn deutsch. Privatrecht § 343., was auch im Oesterreich. Gesetzbuch § 1254. und im Cod. Max. Bavar. P. III. Cap. 11. § 1. no. 6. 7. u. 13. angenommen ist.*)

Die Gründe dafür sind theils, daß die Bestimmung des römischen Rechts über die Art, wie den Notherben der Pflichttheil im Testament hinterlassen werden muß, und die Folgen der Präterition in diesem, als römische Subtilitäten auf Erbverträge nicht anwendbar seyen, s. Eichhorn l. c., theils daß das Recht der qu. inofficiosae donationis auch nicht weiter als auf Freilassung des Pflichttheils gehe; s. Linde Diss. Observat. quaedam de successione Germanica imprimis pactitia § 9. Bonn 1820.

Dagegen bemerkt Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 63 rc., der erste Grund beruhe auf einer petitio principii; vielmehr müsse man, wenn das Recht der Notherben einmal gesetzlich feststeht, einer Verletzung desselben immer die gleiche Wirkung einräumen, die Verletzung mag nun durch ein Testament oder durch einen Erbvertrag geschehen.

Nach Justinians neuesten Verordnungen ist es nicht genug, daß die Kinder ihren Pflichttheil der Quantität nach bekommen, sie sollen ihn auch in der gehörigen Qualität, d. i. titulo universali, als Erbtheil erhalten, und können außerdem verlangen, daß die ihnen nachtheilige Disposition rescindirt und ihnen die Erbschaft als Intestaterben zuerkannt werde. Die Analogie der inofficiosa donatio passe nicht, weil durch sie nicht die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen wird, dagegen der Erbvertrag, wenn er ein universeller ist, titulum successionis universalis gibt; s. auch Paetz l. c. S. 23. u. Beseler l. c. Bd. II. S. 295.**)

---

*) Ebenso im Preußischen Landrecht Th. II. Tit. 2. § 481. rc., dieses jedoch aus nothwendiger Consequenz, weil es nur auf den Pflichttheil einen Anspruch gibt.

**) Wenn nun dem Notherbenrecht der gleiche Einfluß auf den Erbvertrag, wie auf das Testament, eingeräumt wird, so fragt sich noch, ob dort

Zu 8) Es ist, wie Mittermaier deutsch. Privatr. Bd. II. § 411. bemerkt, mindestens sehr räthlich, daß derjenige, welcher seine Kinder für ihr künftiges Erbrecht durch Vertrag abgefunden hat, wenn er in der Folge über sein übriges Vermögen testirt, seine Kinder ausdrücklich in das bereits Empfangene instituire. Die Unterlassung war Ursache eines sehr schwierigen Processes, welchen v. Gönner über ein von ihm verfaßtes Testament der Frau v. Daxberg zu bestehen hatte, welcher aber am Ende doch noch günstig für ihn entschieden wurde; s. v. Gönner über den Begriff von Notherben ꝛc. Landshut 1812. und dessen Beiträge zur Jurisprudenz der Deutschen Bd. I. no. 9., dann desselben Archiv für die Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums Bd. IV. S. 435. In manchen Particularrechten, z. B. dem Cod. Max. Bavar. P. III. tit. 3. § 14. no. 5., ist sogar ausdrücklich bestimmt: „wenn Notherben freiwillig auf die Erbschaft renuncirt haben, so müssen sie nichts destoweniger in der bereits empfangenen oder von Rechtswegen zu empfangen habenden Portion instituirt werden." Gemeinrechtlich aber wird die Zulässigkeit eines Testaments, worin der Testator ohne weitere Berücksichtigung der bei Lebzeiten durch Vermögensübergabe wegen ihres künftigen Erbrechts abgefertigten Kinder zu Gunsten Fremder über sein übriges Vermögen testirt, unbedenklich zu behaupten seyn, wenn nur die Kinder im Erbvertrag als Universalerben bereits erklärt waren; vergl. Glück P. C. Bd. XXV. S. 388., s. Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXV. S. 84., Bd. XXXVIII. S. 77., Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. Obs. 19. Sonderbar scheint es freilich, daß auf diese Weise zwei Erbschaften und zweierlei Erben Einer Person entstehen, was Huschke im Rhein. Museum Bd. VI. S. 298. für unzulässig hält, indem er in dem Grundsatz: nemo pro parte testatus etc. dessen Anwendbarkeit im deutschen Erbrecht jedoch von den wenigsten Rechtsgelehrten anerkannt wird, auch die Regel für inbegriffen erachtet: nemo pluribus testamentis pro parte relictis decedere potest.

Zu 9) In so fern man annimmt, daß durch den Erbvertrag schon die Erbschaft erworben sey, scheint die erste Frage zwar verneinend beant-

---

wie da Legate und Pupillarsubstitutionen bestehen bleiben. Für die gleiche Aufrechthaltung der ersteren entscheidet sich gegen manche obwaltende Zweifel Beseler l. c. S. 301., Mühlenbruch im P. C. Bd. XXXVIII. S. 71. ꝛc., dagegen er Pupillarsubstitutionen als ein Vorrecht der Testamente betrachtet. Im Vertrag wären sie ein pactum de hereditate tertii, welches unter den vorliegenden Umständen ohne eine besondere hier nicht begründete Begünstigung nicht gelten könnte.

wortet werden zu müssen, allein auf ein durch die Gesetze erworbenes Recht kann ja verzichtet werden, und selbst gegen eine schon angetretene Erbschaft kann man Restitution erlangen; s. Mittermaier deutsch. Privatr. § 454. (403.) S. 513., Hagemann prakt. Erörter. Bd. VI. S. 331., Eichhorn deutsch. Privatr. § 344. S. 840. In Ansehung der zweiten Frage muß man, da der Vertragserbe selbst in die Veränderung seines Erbrechts gewilligt hat, um so mehr den Grundsatz festhalten, daß er nicht zu dem Zweck, um sich von den vertragsmäßig übernommenen Prästationen zu befreien, auf das gesetzliche Erbrecht recurriren könne; s. Beseler l. c. S. 275.

Zu 10) Hier kommt es vorzüglich darauf an, ob man die Erbschaft durch Schließung des Erbvertrags schon, oder erst mit dem Tod des zu Beerbenden als erworben betrachtet. Gegen die Transmissibilität, sofern der Vertragserbe den Anfall der Erbschaft nicht erlebt hat, entscheiden, besonders wegen der allgemeinen Natur des Erbrechts und nach der präsumtiven Absicht der Paciscenten, v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. IV. no. 71., wo sich auch die Literatur über diese sehr bestrittene Frage findet, ferner Mittermaier deutsch. Privatr. § 454., Beseler Lehre von Erbverträgen Bd. II. S. 305.*), dagegen für die Transmissibilität vermöge der allgemeinen Natur der Vertragsrechte und des durch die Acceptation dem Vertragserben bereits unwiderruflich erworbenen Rechts Glück P. E. Bd. VI. S. 558., Bd. XXV. S. 389., dessen Intestaterbfolge § 8., Hofacker l. c., Westphal deutsch. Privatr. Th. II. S. 401., Kurz de pactis successoriis § 16., Rivinus de transmissione juris succed. antecessoris morte non delati § 6. in Opusc. pag. 434., Gründler Polemik Th. III. S. 433., Boehmer de fundamento pactor. famil. cap. 2. § 11. no. 7., v. Hartitzsch Entscheidungen no. 171., nur mit Einschränkung aber Eichhorn l. c. § 344., nämlich mit Rücksicht auf die muthmaßliche Absicht der Paciscenten,**) wobei derselbe bemerkt, daß es

---

*) Dieser besonders deswegen, weil er in dem Erbvertrag nur einen Delationsgrund, nicht aber durch den Erbvertrag schon die Erbschaft als erworben ansieht. Als bloßer Delationsgrund kann er, wie jeder andere, nur ein Recht zur Erwerbung geben, diese muß dann erst durch Antretung zu Stande kommen, und stirbt der Vertragserbe vor der Antretung, so kann er die Erbschaft auch nicht auf seine Erben transmittiren.

**) Dagegen muß man aber einwenden: auch wenn die Absicht vorhanden war, kommt es immer noch darauf an, ob auch das rechte Mittel ergriffen ist, um sie zu realisiren. Die Erben treten ja als solche nicht in den Vertrag ein; sie erscheinen also als Dritte, auf welche das Geschäft ausdrücklich

bei manchen Arten von Erbverträgen schon in deren Natur liege, daß die Erben des Vertragserben an dessen Stelle treten. Für das Gegentheil, nämlich dahin: wenn der in einem Vertrag ernannte Erbe vor dem Erblasser stirbt, so geht sein vertragsmäßiges Erbrecht nicht auf seine Erben über, wenn nicht ein Anderes in dem Erbvertrag festgesetzt ist, entschied das O. A. Ger. in Celle s. Emminghaus Corp. jur. Germ. Th. II. Liefr. 1. S. 46.

Zu 11) Wenn nicht die erweisliche Absicht der Contrahenten darauf gerichtet ist, kann, wenn von mehreren vertragsmäßigen Erben einer die Erbschaft ausschlägt, für den vacanten Theil nur die Intestaterbfolge eintreten, wie wenn der Erbvertrag nur über einen Theil des Vermögens errichtet ist; s. Glück P. C. Bd. VI. S. 555., Beseler l. c. S. 280., Mittermaier l. c. § 454.

Zu 12) Die bejahende Entscheidung ist in Ansehung der ersten Frage keinem erheblichen Zweifel unterworfen, s. Beseler l. c. Bd. II. S. 311., und besonders ausgeführt in einem Erkenntniß des O. A. G. in Cassel, s. Pfeiffer neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen ꝛc. Bd. IV. Dec. 155. Sehr zweifelhaft ist es aber, ob der Widerruf wegen Undank nach Analogie der Lehre von den Schenkungen stattfinde, wie Eichhorn deutsch. Privatr. § 345. anzunehmen geneigt scheint, dagegen Beseler l. c. S. 312. wegen Verschiedenheit beider Geschäfte verneint, und blos Restitution als ein wenigstens außer dem Fall eines Irrthums oder Betrugs gleichwohl sehr zweifelhaftes Hülfsmittel für möglich hält; vergl. Burchardi Wiedereinsetzung in den vorigen Stand § 7.

Zu 13) Die verneinende Entscheidung, s. Pfeiffer l. c. Bd. III. no. 19., ist wohl keinem gegründeten Bedenken unterworfen.

Zu 14) Bei ihnen scheint das römische Institut der Testamentifaction wohl nicht im Wege zu stehen, so fern sie nur in der Veräußerung unbeschränkt sind; s. Eichhorn l. c. § 343.

---

gerichtet seyn muß, wenn sie Rechte daraus ableiten sollen; s. Beseler l. c. S. 307. Uebrigens wird die Absicht des Promittenten nicht leicht zu Gunsten des gar nicht vorauserkennbaren Erben des Vertragserben zu vermuthen seyn. Dieser Ansicht folgte in einem in Schwarze und Heyne Untersuchungen S. 15. mitgetheilten Rechtsfall das A. G. in Dresden, wurde aber gleichwohl vom O. A. G. allda reformirt, welches statuirte: in der Acceptation des Vertrags sey schon die zu bewirkende Antretung erklärt, und sowie der Promittent nicht von demselben abgehen könne, so sey auch der Erbe des Promissars so berechtigt als verbunden, den Nachlaß des Ersteren anzutreten und pro viribus zu vertreten.

Die Meinungen hierüber sind indeß verschieden. Nach Eichhorn l. c. § 343. können Minderjährige nicht ohne Zustimmung ihres Vormunds und obrigkeitliches Decret einen Erbvertrag schließen; Mittermaier l. c. § 453. a. E. hält den Consens der Vormünder nicht für wesentlich erforderlich. Von Ehe- und Erbverträgen behauptet dies auch Stryck de succ. ab intestato Diss. VIII. Cap. 5. § 13.; allein von der gesetzlich beschränkten Dispositionsfreiheit der Minderjährigen ist keine gesetzliche Ausnahme zu finden. Doch steht bei Kindern unter väterlicher Gewalt das römische Institut der Testamentifaction wohl nicht im Wege; s. Eichhorn l. c.

In Sachsen kann eine ledige Frauensperson auch nicht einen gültigen Erbvertrag ohne Mitwirkung ihres Curators eingehen; s. Gottschalk Disc. for. T. I. Cap. 5. *)

Zu 15) Mittermaier l. c. § 454. hält den Vertragserben ohne Einschränkung für verbunden, die Legate, welche ihm auferlegt sind, zu entrichten, dagegen Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 68. dem Grundsatz gemäß, daß durch Verträge einem nicht mitpaciscirenden Dritten in der Regel kein Recht erworben werde, und auch das deutsche Recht Verträge zu Gunsten eines Dritten nicht allgemein als gültig anerkennt, s. Eichhorn l. c. § 343. IV., gibt dies nur ausnahmsweise zu, wenn Dritte als Singularsuccessoren am Erbvertrag Theil genommen haben, oder derselbe in einer auch für letztwillige Verfügungen gültigen Form, z. B. gerichtlich oder vor 5 Zeugen errichtet ist. Mühlenbruch räumt aber doch ein, daß Anordnungen zum Besten Dritter im Erbvertrag stattfinden können, welche im Wesentlichen die Wirkung von Vermächtnissen haben, l. c. S. 70—73.; man kann daher nur so viel behaupten, daß solche Anordnungen zwar dem nicht beigezogenen Dritten kein unwiderrufliches Recht gewähren, vielmehr nur den Charakter einseitiger letztwilliger Verfügungen behalten; bleiben sie aber unwiderrufen, so kann der Dritte eben so gut auf die

*) Sowohl die Frage: ob die Testamentsmündigkeit, wo sie vor der gewöhnlichen Mündigkeit eintritt, auch zur Abschließung von Erbeinsetzungsverträgen berechtige? als auch ob ein Haussohn über sein peculium adventitium einen Erbeinsetzungsvertrag eingehen könne? verneint Beseler l. c. Bd. II. S. 225. — Das Großherzogl. Hessische Hofgericht in Darmstadt nahm bei Entscheidung über die Gültigkeit eines von einem noch nicht ganz volljährigen Mädchen mit ihrem Verlobten geschlossenen Erbvertrags an, daß solcher, wenn einer der Ehegatten eltern- oder kinderlos gestorben, ohne anderweit disponirt oder widerrufen zu haben, als Schenkung auf den Todesfall aufrecht zu halten sey; s. Bopp Mittheilungen Bd. III. S. 127.



Erfüllung der zu seinen Gunsten dem Vertragserben gemachten Auflage, wenn dieser nur wirklich Erbe geworden ist, klagen, wie aus einem Fideicommiß oder einer donatio sub modo.*) Auch die Zuwendung des Pflichttheils in einem Erbvertrag findet derselbe Verfasser statthaft, besonders wo die Gesetze nicht eine formelle Berücksichtigung der Notherben in einem Testament erfordern.

Nimmt man mit den meisten Rechtsgelehrten an, daß h. z. T. die Regel: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, nicht mehr zur Anwendung komme, so läßt sich eine solche Verfügung aus dem in einem von der Göttinger Juristenfacultät entschiedenen Rechtsfall, s. Reinhardt Obs. sel. ad Pauli Christianaei Decis. Vol. IV. Obs. 68. pag. 104. etc., angenommenen Gesichtspunkt rechtfertigen, daß ja der Erblasser die gesetzliche Erbfolge nicht ausgeschlossen hat, indem er über den Theil, welcher dem Notherben gebührt, nicht verfügt hat.

Daß aber auch eine Enterbung in einem Erbvertrag zulässig sey, wie Mayer Diss. an et quatenus princ. jur. Rom. de success. necessaria ad pacta success. applicari possunt § 18. annimmt, ist gewiß zu verwerfen; s. Mühlenbruch l. c. S. 98., Mittermaier l. c. § 454.

Zu 16) Wenn Eichhorn l. c. § 345. u. Mühlenbruch l. c. S. 60. behauptet: wegen nachgeborner Kinder einen Erbvertrag aufzurufen, sey kein statthafter Grund, so kann damit nicht für geläugnet angesehen werden, daß nachgeborne Kinder den Erbvertrag rumpiren; s. Mühlenbruch l. c. Bd. XXXVIII. S. 60., Pufendorf Obs. jur. univ. Obs. 173. Kinderzeugen bricht ja auch Ehestiftung, und es ist wohl auch richtiger, mit Mühlenbruch l. c. anzunehmen, daß die Nachgeborenen diesfalls nicht blos auf den Pflichttheil zu beschränken seyen.

Zu 17) Wenn der Erbvertrag nur auf einen einzelnen Vermögensgegenstand gerichtet ist, so haftet der Vertragserbe nur für die vor demselben vom Erblasser contrahirten Schulden, und nur in so weit das übrige Vermögen nicht hinreicht, s. Eichhorn l. c. § 344., Berger Oecon. jur. Lib. I. tit. 3. th. 11., Harprecht de fideicommisso conventionali (Diss. Vol. II. th. 46.); ist der Erbvertrag aber ein universeller, so haftet er für alle Schulden, kann sich aber auch wie ein

---

*) Vergl. den folgenden Abschn. vom Erbverzicht Nr. 1., Beseler Lehre von Erbverträgen Bd. II. S. 215. 254. u. 324., Maurenbrecher Lehrb. Bd II. S. 744.

anderer Erbe der Rechtswohlthat des Inventars bedienen; Mittermaier l. c. § 454. a. E., Stryck de succ. ab int. Diss. V. § 30. Struben rechtl. Bedenken Th. IV. no. 34., Beseler l. c. Bd. II. S. 275.

Zu 18) Die Unzulässigkeit einer Resolutivbedingung muß, da sie mit dem Princip: semel heres semper heres zusammenhängt, auch hier angenommen werden. In Ansehung der moralisch unmöglichen und der affirmativ physisch unmöglichen Bedingungen möchten aber die Grundsätze der Vertragslehre auch beim Erbeinsetzungsvertrag in Anwendung kommen; s. Beseler l. c. Bd. II. S. 268.

B) Erbverzicht (pactum successorium renunciativum).

1) Bedarf der Erbverzicht zu seiner Gültigkeit obrigkeitlicher Bestätigung oder eidlicher Bestärkung?
2) Bindet derselbe auch die Nachkommen des Verzichtenden und diejenigen, welche, nachdem der Verzichtende gestorben, die nächsten Notherben beim Tod des Erblassers sind?
3) Wenn zum Vortheil einer gewissen Person verzichtet wurde, revivificirt dann das Erbrecht des Verzichtenden durch das Hinwegfallen jener Person von selbst?
4) Wenn bei den Erbverzichten der adeligen Töchter der Vorbehalt auf den ledigen Anfall angehängt ist, gilt dann die Regredienterbschaft schon, wenn der Mannsstamm ausstirbt, oder nur, wenn der letzte männliche Besitzer auch keine weiblichen Nachkommen hinterläßt?
5) Ist zum Erbverzicht adeliger Töchter auch der Consens des Vormunds und ein decretum de alienando nöthig?
6) Steht den durch einen Vertrag abgefundenen Kindern noch ein Intestaterbrecht zu? Vergl. oben lit. A. Fr. 8. S. 979.
7) Hat der Erbverzicht der Töchter auch die Wirkung, sie von den im elterlichen Nachlaß befindlichen Weiberlehen auszuschließen?

Zu 1) Fast alle älteren Rechtsgelehrten, z. B. Stryck, Leyser, Cramer, Berger, Wernher, Hommel, Gaill, Lauterbach, Berlich u. a., glaubten gegen das Verbot der Erbverträge im römischen Recht nur in der Bestimmung des canonischen Rechts, wonach der

Eid die Kraft hat, aus einem actu invalido validum zu machen, cap. 2. de pactis in VIto die nöthige Stütze zu finden; s. auch Böhmer Rechtsfälle Bd. III. no. 195. de pacto hereditario renunciativo juramento non confirmato et metu extorto invalido, Schmidt hinterlassene Abhandlungen prakt. Rechtsmaterien Bd. II. S. 391., allein seit der Befestigung deutscher Rechte und Gebräuche kamen selbst manche der Aelteren von ihrer früheren in die ältere Gerichtspraxis übergegangenen Meinung ab, s. Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. IV. th. 48. no. 5., Wernher Obs. for. P. II. Obs. 430. u. P. VII. Obs. 63., Horn Jurispr. feud. Cap. 16. § 17., und h. z. T. besteht wohl kein Zweifel mehr über die Gültigkeit der Erbverzichte auch ohne das Bindemittel des Eides; s. Gottschalk sel. discept. for. T. I. cap. 13., Hofacker Princ. jur. civ. T. II. § 1405., Danz Handb. d. deutschen Privatr. Bd. VII. § 660., Mevii Dec. Vol. III. no. 270., Schilter Exerc. VIII. § 40., Heineccii jus germ. Lib. II. § 173., Mittermaier l. c. § 456., Eichhorn l. c. § 349., Gründler Polemik Th. I. § 665., vergl. v. Bülow u. Hagemann prakt. Erörterungen Bd. II. S. 384., und, wo nicht Landesgesetze etwas Anderes vorschreiben, auch ohne gerichtliche Bestätigung; Beseler l. c. Bd. II. S. 242., Mittermaier l. c. § 456. Den Kindern, zu deren Gunsten die Renunciation geschehen ist, wird selbst das rem. ex l. ult. C. de edicto D. Hadr. toll. (6. 33.) aus einem solchen pacto successorio zugestanden; Pütter Rechtsfälle Bd. IV. no. 391. Der Anfechtung wegen Verletzung über die Hälfte kann ein gegen ein Aequivalent ausgestellter Erbverzicht wohl nicht unterliegen, da der Gegenstand ein von so vielen Zufällen abhängiges Recht ist; vergl. Curtius Handb. § 836. not. m. (Ed. 4.)

Zu 2) Wenn der Verzichtende den Erbanfall erlebt hat, so sind seine Erben von selbst daran gebunden; hat er ihn aber nicht erlebt, so kann sein Verzicht denjenigen nicht präjudiciren, welche alsdann die nächsten Erben sind; Stryck de succ. ab int. Diss. VIII. no. 76. Die Wirksamkeit eines Erbverzichts hängt davon ab, daß diejenigen die nächsten Erben bleiben, welche es zur Zeit der Disposition waren, wenn nicht besondere Bedingungen vorliegen, unter welchen überhaupt ein Verzicht für die Nachkommen verbindlich seyn kann; vergl. Maurenbrecher Lehrb. Bd. II. S. 744., Mittermaier l. c. §. 456.*)

---

*) Entgegengesetzt verordnet das Oesterreichische Gesetzbuch § 551.: „wer über sein Erbrecht selbst gültig verfügen kann, ist auch befugt, im Voraus darauf Verzicht zu thun. Eine solche Verzichtleistung wirkt auch auf die



Notherbenrechte können insbesondere durch Erbverträge nicht verletzt werden, daher folgt von selbst die Unverbindlichkeit renunciativer Erbverträge der nächsten Notherben für diejenigen, welche durch das Hinwegfallen jener es geworden sind; s. Mühlenbruch in Glück P. C. Bd. XXXV. S. 89., Gönner über den Begriff eines Notherben S. 17. ꝛc., Stryck Diss. VIII. de succ. ab int. Cap. X. § 77.

Zu 3) Dieses ist wohl nur nach der aus dem Vertrag zu entnehmenden Absicht der Contrahenten zu entscheiden; s. Mittermaier l. c., Beseler l. c. S. 249.

Zu 4) Die Meinungen hierüber sind eben so verschieden als unbestimmt. Die vollständige Literatur über diese reichhaltige Streitfrage, sowie die Gründe für die eine und die andere Meinung s. Gründler Polemik Th. III. § 666., Beseler über Erbverträge Bd. II. § 27. und S. 295. Am meisten ist wohl diejenige Ansicht verbreitet, nach welcher der Vorbehalt zum Besten der Regredienterbin nur dann wirksam wird, wenn der letzte männliche Besitzer auch keine weiblichen Nachkommen hinterläßt; s. Mittermaier l. c. § 457. (405.) Der Vorbehalt der weiblichen Successionsrechte, da, wo diese nicht schon durch die Gesetze ausgeschlossen sind, wie bei Lehen und Geschlechtsfideicommissen, bei welchen es eines weiblichen Verzichts gar nicht bedarf, und folglich auch ein demselben anzuhängender Vorbehalt wegfällt, muß nämlich, in so lange als nicht eine andere Uebereinkunft streng erwiesen wird, der gemeinen Successionsordnung unterliegen, und dann kann der s. g. Vorbehalt auf den ledigen Anfall nur zum Besten der weiblichen Erben des letzten Besitzers (also der Erbtochter) wirken; s. Eichhorn deutsches Privatr. § 349., Gründler l. c. § 666. Vergl. G. L. Böhmer Rechtsfälle Bd. II. no. 119 u. 163., Pütter Rechtsfälle Bd. I. Th. III. S. 817. Bd. II. Th. I. S. 1. Th. III. S. 811. Bd. III. Th. IV. S. 1055.

Eine andere Streitfrage ist aber auch die: ob der dem Erbverzicht einer adeligen Tochter angehängte Vorbehalt auch zu Gunsten ihrer späteren Nachkommen wirksam sey, wenn erst in folgenden Generationen das Absterben des Mannsstammes eintritt? Die Literatur über diese Streitfrage s. v. Dalwigk Eranien zum deutschen Privatr. Bd. I. Abh. 2. Es ist aber in neuerer Zeit gründlich nachgewiesen, daß ein solcher Vor-

---

Nachkommen." Die in v. Zeillers Commentar darüber gegebene Erklärung: „durch die Verzichtleistung begiebt sich der vermeintliche Erbe schon des Erbanfalles, und eine nicht angefallene Erbschaft kann auf die Nachkommen nicht übertragen werden," möchte aber wohl nicht die indistincte Fassung des Gesetzes rechtfertigen. Vergl. auch oben Kap. II. § 1. Fr. 9. S. 558.



behalt nicht auf Generationen ausgedehnt werden könne, vielmehr nur von dem Fall in der Regel zu verstehen und also nur dann wirksam sey, wenn die Brüder der zu ihren Gunsten verzichtenden Tochter ohne männliche Nachkommen sterben, übrigens aber der Grundsatz gilt: **foemina semel exclusa semper manet exclusa**, daher im entgegengesetzten Fall und beim Aussterben des Mannsstammes in folgenden Generationen keine Regredienterbschaft eintrete; s. Eichhorn Staats- u. Rechtsgeschichte Th. III. § 454., Moser Familienstaatsrecht S. 786., v. d. Nahmer Samml. merkw. Entscheidungen d. Herzogl. Nassauischen Oberappellationsgerichts Bd. II. S. 183.

Zu 5) Zu einem freiwilligen Verzicht allerdings, s. Eichhorn l. c. § 349., nicht aber, wo die Gesetze schon die weibliche Succession ausschließen. Doch wird ein eidlicher Verzicht der Minderjährigen auch ohne Beitritt des Curators für verbindend erachtet, s. Stryck de succ. ab intestato Diss. VIII. Cap. X. § 44 u. 45., welcher auch die Zustimmung des Ehemanns einer verheiratheten Tochter nicht für nöthig hält, in so fern dieser nicht selbst ein jus quaesitum am Vermögen seiner Ehefrau hat, was aber gewöhnlich der Fall seyn wird; s. Böhmer Rechtsfälle Bd. II. no. 101. de filiarum nobilium renunciationibus et de necessitate consensus maritalis ad earum validitatem.

Zu 6) Wenn die auf solche Weise abgesonderten Kinder keine unabgesonderten zu Concurrenten haben, so verbleibt ihnen allerdings das Intestaterbrecht. Nur durch die unabgesonderten können sie davon ausgeschlossen werden, und zwar dergestalt, daß sie auch kein Pflichttheilsrecht weiter in Anspruch zu nehmen haben, wenn gleich das Vermögen des Ascendenten sich später so vermehrt hätte, daß das Empfangene nicht dem Pflichttheil gleichkommt. Glück P. C. Bd. XXXVIII. S. 77. A. M. ist Stryck succ. ab intest. Diss. VIII. Cap. X. no. 11 u. 60., welcher übrigens als Folge des Erbverzichts auch den Verlust der Intestaterbfolge betrachtet; allein durch Absterben ohne Testament declarirt doch der Erblasser von dem Erbverzicht keinen Gebrauch machen zu wollen, indem er auf solche Weise die gesetzlichen Erben zu seinem Nachlaß beruft, und Dritte, welche nicht mit contrahirten, konnten kein Recht aus demselben erwerben.

Zu 7) Stillschweigend können die Lehen wohl so wenig als Fideicommisse im Erbverzicht begriffen werden, da derselbe stricter Interpretation unterliegt. Non excluditur filia ab illis rebus, quae hereditatis appellatione non continentur, et separatam ab illa habent naturam, non itaque excluditur a feudo; Stryck l. c. § 66—68.

C) Von Rechten Dritter aus einem adquisitiven oder renunciativen Erbvertrag.

Die Praxis hat sich zwar entschieden gegen das Fortbestehen der dem Rechtserwerb eines Dritten aus fremden Verträgen durchaus entgegenstehenden römischen Rechtsbestimmungen im deutschen Recht erklärt, s. Glück P. C. Bd. IV. S. 564. Bd. XXV. S. 372. und die dort angeführten: Berger, Mevius, Stryck, J. H. Böhmer, Leyser, Struben, Weber von d. natürl. Verbindl. § 89.; allein während man doch aus dem älteren deutschen Recht nicht beweisen kann, daß ein jeder Vertrag zu Gunsten eines Dritten gültig und für diesen klagbar gewesen sey, s. Beseler l. c. Bd. II. S. 73., Eichhorn d. Privatr. § 343., bleibt immer die Frage schwierig, in welchem Umfang man von den römischen Rechtsbestimmungen abweichen dürfe. Am sichersten wird man hier den von Beseler l. c. S. 75. aufgestellten Grundsätzen folgen.

Während der Promittent gegen den Promissar unbedingt gebunden ist, ohne daß es auf Seite desjenigen, welcher für den Dritten paciscirt hat, der Nachweisung eines besonderen Interesse bedürfte, erwirbt der Dritte gleichwohl nur dann ein selbstständiges Recht und eine Klage aus dem Vertrag,

a) wenn, und von der Zeit an, zu welcher er dem Vertrag beigetreten ist; s. Weber l. c.

b) durch den Tod eines der Hauptcontrahenten, und zwar

α) desjenigen, um dessen Beerbung es sich handelt. Hier bringt es die Natur des Geschäfts mit sich, daß, wenn Jener mit der gültig ausgesprochenen Absicht gestorben ist, der Dritte solle sein Erbe seyn, dieser es auch werden muß. Denn derjenige, welcher dem Dritten das Erbrecht ausbedungen hat, konnte mit dem Andern den Vertrag wohl wieder abändern oder aufheben, aber nach seinem Tode fehlte ihm die Befugniß, über seine Beerbung auch nur negativ zu schalten. Ebenso bei dem Verzicht auf die Beerbung des Stipulators. Hier stellt sich der Promittent als derjenige dar, welcher sein Erbrecht aufgiebt, und dies muß mit seinem Tode in Wirksamkeit treten.

β) durch den Tod des Stipulators; denn dadurch, daß dieser bei Lebzeiten seinen Willen nicht geändert hat, wird nun das Recht des Dritten auch unwandelbar und klagbar. Es widerstrebt nämlich den hier vorliegenden Rechtsverhältnissen, die Befugniß

durch einen Remißvertrag mit dem Promittenten dem Dritten sein Recht zu nehmen, auf die Erben des Stipulators übergehen zu lassen.

D) Pacta dotalia simplicia et mixta.

Dieser Eintheilung der Ehestiftungen, welche beide eine Erbeinsetzung enthalten sollten, die eine in vim contractus, die andere in vim ultimae voluntatis, kann man wohl — soweit sie nicht noch in Particularrechte eingedrungen ist*) — seit J. H. Böhmer, s. dessen Exerc. ad Pand. Lib. 33. tit. 4. T. IV. Ex. 71., jede juristische Geltung absprechen, s. Leyser Sp. 308. Med. 3 u. 8., Eichhorn deutsch. Privatr. § 347., indem dergleichen wahre Erbeinsetzungsverträge nur nach deutschrechtlichen Grundsätzen als Verträge zu behandeln sind, welche weder widerruflich sind, noch der Codicillarform bedürfen.

Kapitel XIV.

Familienfideicommisse.**)

1) Findet bei der Succession in deutsche Familienfideicommisse das Repräsentationsrecht Statt?

*) Noch v. Kreitmaier in Annott. ad Cod. civ. Max. Bavar. P. III. cap. XI. § 1. no. 1. konnte sich, wie Beseler l. c. Th. II. S. 348. rügt, so weit vergessen, daß er diese Eintheilung, welche doch nur für Ehestiftungen berechnet war, zu einer allgemeinen für alle Erbverträge machte, s. dagegen Pütter auserl. Rechtsfälle Bd. I. S. 46., Struben rechtl. Bedenken Bd. II. no. 63., welcher sogar annimmt, daß auch da, wo pacta dotalia mixta gesetzlich eingeführt sind, doch die Unwiderruflichkeit derselben gültig beredet werden kann, gesetzt auch, daß man 5 Zeugen zugezogen habe, was zuweilen ohne Noth geschehe.

**) Ueber den Unterschied zwischen Seniorat, Majorat, Primogenitur rc. ist auf die Lehrbücher zu verweisen. Daß das Wort Senior nicht immer das Seniorat bedeute, s. Gründler Polemik Th. III. § 651., vergl. Eichhorn deutsches Privatr. § 370., Mittermaier d. Privatr. Bd. II. § 450. S. 497. Einen interessanten Fall, worin es auf den Beweis des Daseyns eines Familienfideicommisses ankam, s. v. Gönner auserlesene Rechtsfälle Bd. II. S. 75.

2) Sind die durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder zur Succession in Familienfideicommisse berechtigt?
3) Auch Adoptivkinder?
4) Ist bei der Succession in Familienfideicommisse in Ermangelung näherer Bestimmung des Stifters anzunehmen, daß auf Abgang des Mannsstammes der Weiberstamm zur Nachfolge gelange?
5) Bedarf die Einführung einer besonderen Successionsordnung landesherrliche Bestätigung?
6) Nach welchen Grundsätzen ist die Theilung der Früchte zwischen den Allodial- und Fideicommißerben zu behandeln?
7) Nach welchen Regeln wird in Fideicommissen succedirt, wenn der Stifter keine besondere Successionsordnung bestimmt hat?
8) Ist der Sohn, welcher im Fideicommiß succedirt, in so fern es nicht Lehen ist — worüber Feud. II. 45. disponirt — die väterlichen Schulden zu tilgen schuldig?
9) Wenn das Fideicommiß dergestalt errichtet ist, daß es an die Kinder restituirt werden soll, sind auch die Enkel darunter begriffen zu erachten?
10) Ist die Veräußerung eines Fideicommisses gültig, wenn alle Interessenten einwilligen?
11) Können die Söhne eine von ihrem Vater vorgenommene ungültige Veräußerung auch dann anfechten, wenn sie dessen Erben geworden sind?
12) Welche Gründe können eine Belastung des Fideicommisses mit Schulden rechtfertigen?
13) Können die Allodialerben eines Fideicommißfolgers, welcher eine von seinem Vorfahren auf das Fideicommißgut contrahirte Schuld bezahlt hat, die Vergütung dafür vom Fideicommißfolger rechtlich fordern?
14) Ueber die Frage, was als Pertinenz eines Fideicommißguts anzusehen sey, müssen zwar die allgemeinen Grundsätze entscheiden, indessen kommt dabei zuweilen die besondere Frage vor, ob die vom Fideicommißstifter nachher zuerkauften und mit dem Hauptgut besessenen Güter und Grundstücke als Pertinenzen des Fideicommisses gelten können?

Zu 1) Die bejahende Meinung, s. Knipschild de fideic. fam. nob. cap. IX. no. 21., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 36.

tit. 1. § 14., Stryck de succ. Diss. III. § 23., scheint nur auf Vermengung des röm. Rechts mit dem deutschrechtlichen Institut zu beruhen, s. dagegen Runde Beitr. zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände Bd. I. no. 12. § 3., G. L. Boehmer Diss. de ord. succ. ex jure primog. § 27., Gründler Polemik Th. III. § 644., denn, indem bei dem Repräsentationsrecht Güter eines Erblassers vorausgesetzt werden, welche ihrer Natur nach unter mehrere gleich nahe Verwandte theilbar sind, wird durch die Untheilbarkeit der Fideicommißgüter eine Concurrenz mehrerer Erben zur Theilnahme und folglich auch ein wahres Repräsentationsrecht von selbst ausgeschlossen.

Zu 2) Für die verneinende Entscheidung spricht die Analogie des Lehenrechts, Feud. II. 26. § 19. naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis admittantur, und die Vermuthung, daß der Stifter, treu der älteren Ansicht, blos eheliche Blutsverwandte zur Nachfolge bestimmt habe; s. Sächsisches Lehenrecht Kap. 21. — Schwäbisches Lehenr. Kap. 3. § 72., *Vetus auctor* de beneficiis C. 1. § 4., Gründler Polemik des german. Rechts Th. III. § 645. Doch sind viele Rechtslehrer der entgegengesetzten Meinung; s. Knipschild l. c. Cap. 8. no. 327., Stryck de succ. Cap. 2. § 43., Moser Staatsrecht Th. XX. S. 309.

Zu 3) Da sie nur fingirte Kinder sind, so konnte auf sie die Absicht des Fideicommißstifters unmöglich gerichtet seyn, daher ihre Ausschließung von den meisten Rechtsgelehrten anerkannt ist; Knipschild l. c. Cap. 8. no. 399—435., Gaill Obs. 136. no. 13., Tiraquell de primogenitura Qu. 84. no. 7., Krafft D. de ordine successorio in fideicomm. fam. § 27. Unbestimmt erklärt sich Mittermaier deutsches Privatrecht § 449.: „auch die Grundsätze über Erbfähigkeit sind die gemeinrechtlichen, in so fern nicht aus den Umständen der Wille des Stifters erhellt, oder das Familienherkommen die Absicht beweist, die unehelichen, die legitimirten und Adoptivkinder auszuschließen."

Zu 4) Im Allgemeinen scheint dies verneint werden zu müssen, wo nur immer die auf die Erhaltung und den Glanz der Familie gerichtete Absicht des Fideicommißstifters deutlich zu erkennen ist, denn die weiblichen Glieder können ja die Familie nicht fortsetzen. Man kann daher nicht schließen, weil die Töchter doch nach Abgang des Mannsstammes zur Nachfolge in Stammgüter gelangten, also seyen sie in diesem Fall auch zur Succession in Familienfideicommisse berechtigt; denn neben dem Beiden gemeinschaftlichen Princip der Unveräußerlichkeit haben Letztere noch einen andern jener fremden und durch die Töchter nicht

erreichbaren Zweck, nämlich den Glanz und die Conservation der Familie; s. Knipschild l. c. Cap. 8. no. 239., Stryck de succ. ab intest. Diss. VII. p. 665., Reinhard Abh. von dem Erbfolgerecht der Töchter vor den Stammvettern in den deutschen Reichsallodien. Gießen 1746. Kap. 4. § 12., Eichhorn d. Privatr. § 369. not. k., Gründler Polemik Th. III. § 647. und die dort angeführten Schriften, womit das Oesterr. Gesetzb. § 626. und das Preuß. Landr. Th. II. Tit. IV. § 139 u. 189 ꝛc., s. Bornemann System Bd. VI. S. 568., übereinstimmt. Gleichwohl geben dies Andere nur dann zu, wenn der Stifter ausdrücklich bestimmt hat, daß blos Mannspersonen zur Nachfolge gelangen sollen, s. Pütter auserlesene Rechtsfälle Bd. I. Th. I. Resp. 12., und noch Andere gestatten dem Weiberstand überhaupt die Erbfolge nach Abgang des Mannsstammes; s. Westphal deutsches Privatr. Th. I. Abh. 57. § 10., Kephalides D. de alienatione fideic. fam. Erl. 1793. § 7., Schott über die Natur der weiblichen Erbfolge in Allodialstamm- und altväterlichen Gütern nach Erlöschung des Mannsstammes § 7. Als ein bei adeligen Fideicommissen gewöhnliches, aber nicht als nothwendiges Merkmal erkennt die Ausschließung des weiblichen Geschlechts Mittermaier deutsch. Privatr. § 449. (Ed. 6.) Nach dieser Ansicht muß man consequent auch mit Maurenbrecher deutsch. Privatr. Bd. I. S. 266. Bd. II. S. 751. annehmen, daß der Ausdruck in Fideicommißstiftungen: „bei Abgang des Namens und Stammes“ nicht nothwendig vom Aussterben des Mannsstammes in einer Linie zu verstehen sey, wie auch in einem Urtheil des Obertribunals in Berlin vom 21. Juli 1835 in Sachen des Fürsten v. Löwenstein gegen den Herzog von Ahremberg angenommen worden ist, wovon das Gegentheil auszuführen unternommen hat: Bauer in den Beiträgen zum deutschen Privatfürstenrecht S. 97. Nächst den allgemeinen Interpretationsregeln der Testamente wird hiebei wohl immer besondere Rücksicht auf Familien-Observanz, auf die Art der Güter und auf die Sitte der Gegend über weibliche Erbfolge genommen werden müssen; s. Mittermaier l. c. § 449. not. 27.

Zu 5) Da die deutsche Bundesacte deren Nachsuchung selbst dem Standesherrn zur Pflicht macht, so muß dies um so mehr allen übrigen Unterthanen gelten.

Zu 6) Die Grundsätze des Lehenrechts geben hier wohl die passendste Analogie; s. Eichhorn deutsch. Privatr. § 369. Verschiedene Meinungen s. Knipschild de fideic. Cap. X. no. 59. Einiges über die Absonderung des Fideicommisses vom Allode s. Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. II. S. 190.

Zu 7) Diesfalls gelten die gewöhnlichen Regeln der Intestaterbfolge, Thibaut System § 923. (Ed. 8.), Voet Comm. Lib. 36. tit. 1. § 30., jedoch nur in so weit sie der Natur des Familienfideicommisses und der Familienobservanz, insbesondere dem Princip der Untheilbarkeit der Güter nicht entgegenlaufen. Ordo succedendi in fideicommissis familiae ex herede gravato, s. per proximitatem cum herede gravato, non ex persona fideicommittentis determinatur; Böhmer auserlesene Rechtsfälle Bd. III. Abth. II. S. 685.

Unter mehreren gleich nahen gesetzlichen Erben muß demnach der Genuß des Fideicommisses getheilt werden; Eichhorn deutsch. Privatr. § 370., Gründler Polemik Th. III. § 644., v. Salza u. Lichtenau Lehre v. d. Familienfideicommissen S. 111., Madihn Miscellen Bd. I. S. 179 rc.

Zu 8) Auf die deutschen Stamm- und Fideicommißgüter lassen sich weder die Grundsätze des römischen Rechts, noch des Longobardischen Lehenrechts von der Verbindlichkeit der Söhne für die Handlungen ihres Vaters anwenden, vielmehr kann der Fideicommißfolger die Allodialerbschaft seines Ascendenten ausschlagen, und zur Fideicommißerbschaft allein greifen; s. Hagemann prakt. Erörterungen Bd. VII. S. 141., Pfeiffer Aufsätze aus d. Privatr. no. I. § 7.

Zu 9) Obgleich unter liberi auch nepotes verstanden werden, so pflegt doch das deutsche Wort: Kinder nur auf Nachkommen des ersten Grades bezogen zu werden; s. Thibaut System § 923. (Ed. 8.), Gottschalk Disc. for. T. III. c. 4., vgl. oben Kap. III. § 10. lit. m. S. 717.

Zu 10) Nach römischen Gesetzen hat es wohl keinen Zweifel, daß ein einstimmig von allen Interessenten aufgehobenes Fideicommiß von später Geborenen nicht mehr in das Leben gerufen werden könne; l. 120. § 1. D. de leg. I. — l. 11. C. 6. 42. — Nov. 159. cap. 3. Viele Rechtsgelehrte folgen dieser Ansicht, namentlich Hellfeld, Lechner, Lynker, Wernher, Runde, Struben, Geiger und Glück Rechtsfälle Th. II. no. 23. § 9., Dalwigk Erbrecht Th. III. S. 103., Kephalides D. de alienat. fideic. fam. Erl. 1794., Böhmer — jedoch nur mit Einschränkung auf eine justa causa — s. auserlesene Rechtsfälle Bd. II. Abth. I. S. 91. und unter den Neuern vorzüglich Gönner Beitr. zur Jurisprudenz der Deutschen Bd. I. S. 126., welcher sich außerdem auf die — jedoch, wie Struben in den rechtlichen Bedenken Th. I. no. 27. mit Recht bemerkt, unpassende — Analogie der mit Consens aller Agnaten und des Lehenherrn gültigen Lehensveräußerungen beruft. Offenbar können aber römische Gesetze nichts entscheiden, welche ein fideicommissum perpetuum gar nicht statuiren, und deren

fideicommissa familiae etwas ganz Anderes waren, als die unsrigen; Madihn Miscellen Bd. I. S. 179. Andere Anhänger dieser Meinung suchen in der Praxis ein Fundament, s. Mittermaier deutsch. Privatr. § 158., welches um so unhaltbarer ist, da sie sich auf eine ganz confuse Weise manifestirt, wie durch Bestellung von Curatoren nicht nur für nondum natos, sondern auch für *nascituros* *), was Kapff in d. merkwürdigen Civilrechtssprüchen Bd. I. S. 13., wenn es nicht blos eine negative Wirkung haben soll, mit Recht als eine gehaltleere Formalität erkennt. Auch ist nicht einzusehen, was aus einer von Gründler Polemik des gemeinen Rechts Th. I. S. 260. ohne weitere Angaben, als daß darin den nachgebornen Kindern kein Recht zur Umstoßung eingeräumt werde, erwähnten Urkunde v. J. 1260., vergl. Wigand Archiv für die Geschichte Th. II. S. 70., für eine gemeinrechtliche Folge begründet werden soll. Die von den Anhängern dieser Meinung selbst gefühlte Schwäche suchen sie fast Alle durch Adhibirung obrigkeitlicher Bestätigung zu decken, allein wird diese anders als unbeschadet der Rechte Dritter gegeben werden können, wie gleichwohl v. Gönner in den auserlesenen Rechtsfällen Bd. I. S. 372. annimmt? Wenn man für eine in den Gesetzen nicht verbotene Institution ihr rechtliches Verhältniß nur aus ihrem inneren Wesen schöpfen darf,**) so muß man wohl denjenigen beistimmen, welche den temporären Besitzern eines in splendorem familiae auf ewige Zeiten gegründeten Fideicommisses das Recht zur Auflösung desselben zum Nachtheil der Nachkommen absprechen, wie Knipschild, Stryck, Härtel, Cramer, Westphal, Lubolf, Müller ad Leyser T. IV. fasc. 1. Obs. 629 etc., Eichhorn deutsches Privatr. § 371., Thibaut System § 927. Demungeachtet ist die hiemit verwandte Frage: ob es zur Aufhebung eines Familienfideicommisses genüge, daß alle diejenigen einwilligen, welche in diesem Zeitpunkt erzeugt sind, und Ansprüche auf dasselbe haben? von den Facultäten in Erlangen und Göttingen, sowie von dem O. A. G. in Jena bejahend entschieden worden. Die Gründe sind, außer der Analogie des Lehenrechts, folgende: Das Institut der Familienfideicommisse ist an die Stelle der altdeutschen Stammgüter getreten, und es sind auf jenes die Grundsätze

*) So verordnet auch das Oesterreichische Gesetzb. § 694. Allein nur da würde die Aufstellung von Curatoren und deren Vernehmung von reellem Werth seyn, wenn es sich um einen Ausnahmsfall, oder um die Frage über eine justa causa zu partiellen Veräußerungen handelt, denn ohne einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund könnte auch der Curator nicht gültig einwilligen; s. G. L. Böhmer Rechtsfälle Bd. II. Abth. I. no. 106.

**) Lex est ratio profecta a natura rerum, Cicero.

von diesen anzuwenden. Nun konnte aber bei den Stammgütern, wie aus allen Rechtsurkunden, die die Sache berühren, erhellt, die Veräußerung „mit der Erben Laub“ allerdings stattfinden; nirgends kommt eine Spur vor, daß später geborne Kinder den Verkauf angefochten haben, oder eine erfolgte Aufhebung der Stammguts-Eigenschaft für nichtig erklärt worden wäre; Sachsenspiegel Bch. I. Art. 34. u. 52., Hellfeld de fideic. fam. 1747. § 3. 4. 33. Auch bei dem Requisit der Obrigkeitlichen oder Landesherrlichen Bestätigung liege dieselbe Idee unter, denn hätten die postgeniti ein jus quaesitum, so würde die vor ihrer Geburt ausgewirkte Bestätigung ihnen solches nicht entziehen können. Die Bestimmungen des röm. Rechts, l. 120. § 1. D. de leg. I. — l. 11. C. 6. 42. — Nov. 159. c. 3., fänden auch auf die deutschen Familienfideicommisse Anwendung, indem sie altdeutsche Stammgüter darstellen, welche nach Einführung des R. R. zwar manche Modificationen erlitten, keineswegs aber in ihrem Wesen verändert wurden. Bei ihnen stand Nachgebornen kein Widerruf einer Veräußerung zu; v. Sydow Erbrecht nach dem Sachsensp. S. 198. — s. Emminghaus Pandekten d. gem. Sächs. Rechts S. 172. no. 266.

Ein eigenthümlich gestalteter Fall zulässiger Veräußerung ist aus Emminghaus Sächs. Pandekten S. 171. no. 263. zu entnehmen: A. testirte: „mein Rittergut, das ich meinem Geschlecht zu erhalten wünsche, soll meinen Bruderskindern B. u. C. zufallen, und in dem Mannsstamm forterben.“ Nun will B., der einen Sohn hat, seine Hälfte an C. verkaufen, aber das Amt trägt Bedenken, diesen Kauf zu bestätigen. Das O. A. G. in Jena erkannte jedoch denselben für zulässig, denn derselbe erscheine als eine innerhalb des Fideicommisses sich bewegende Handlung, durch welche von dem Willen des Stifters nicht abgewichen wird. Eine Erbfolgeordnung hat der Testator nicht bestimmt. Es lag ihm nicht daran, das Gut in den Händen gewisser im Voraus determinirter Personen zu wissen; man kann seine Anordnung nicht so deuten, daß jeder Besitzer seinen Antheil unter allen Umständen und in jedem betreffenden Falle auf seine männliche Descendenz vererben soll. Diese Auslegung entspricht am meisten den gemeinrechtlichen Grundsätzen über Familienfideicommisse, wonach ihr Hauptzweck in der Erhaltung der Güter bei der Familie besteht, folgeweise aber die Veräußerung außerhalb der Familie verboten ist. Die Natur solcher Stiftungen, und namentlich der fraglichen, welche sich jedenfalls als eine bedingte mit beschränktem Veräußerungsverbot darstellt, bringt es mit sich, daß vorliegender Verkauf eines ideellen Gutsantheils als gültig angesehen werden muß. Von einer Verletzung künftig im Allgemeinen zur Succession

Berufener, namentlich der Descendenten des Verkäufers, kann nicht die Rede seyn; sie können auf das Gut kein Recht geltend machen, wenn es von Jenem erlaubter Weise und der Stiftung nicht zuwider an eine andere Linie der Familie veräußert ist.

Zu 11) Diese Frage verneint Eichhorn deutsch. Privatr. § 371., Struben rechtl. Bedenken Th. I. no. 27., Leyser Sp. 403. Med. 5. Richtiger scheint die Bejahung mit der Einschränkung, daß diejenigen Nachkommen, welche Erben des Veräußerers geworden sind, den andern Contrahenten entschädigen müssen, wenn sie das Fideicommißobject revociren wollen; Knipschild de fideic. Cap. II. no. 408., Mittermaier deutsch. Privatr. § 158. — Auch der letzte Besitzer kann daher nur auf den Todesfall mit Sicherheit über das Fideicommiß verfügen.

Zu 12) Wenn die Contrahirung der Schuld zur Erhaltung des Fideicommisses oder zur Erfüllung einer demselben vom Gründer auferlegten Last nothwendig war; s. Mittermaier l. c. § 158.

Zu 13) Nach denselben Grundsätzen, nach welchen die Allodialerben vom Fideicommißfolger Vergütung desjenigen Aufwands fordern können, welchen der Erblasser zur Wiederherstellung, Conservation und Melioration eines Lehen- oder Fideicommißguts gemacht hat, können sie auch die Vergütung wegen Bezahlung einer Fideicommißschuld fordern, vorausgesetzt, daß es eine gültige Fideicommißschuld war; Gottschalk sel. Discept. for. T. III. Cap. V., Knipschild de fideic. Cap. 12. no. 71., Voet Comm. ad Pand. Lib. 36. tit. 1. § 61.

Zu 14) Ohne ausdrückliche Bestimmung kann hier eine Pertinenzqualität nicht angenommen werden. Sola coemtio et compossessio pertinentiam non facit; s. Pütter Rechtsfälle Bd. IV. Th. I. no. 377. Possessio etiam multorum annorum agrum, de cujus originaria qualitate constat, non facit pertinentiam praedii, cum quo simul possessus est; Leyser Sp. 100. Med. 5 u. 6.

Kapitel XV.

Bona vacantia et ereptitia.

Cod. X. 10. de bonis vacantibus et de incorporatione. Dig. XXXIV. 9. de his, quae ut indignis auferuntur. Cod. VI. 35. de his, quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad Sct. Silanianum.

1) In Ansehung der Streitfrage, ob der Fiscus, wie Schweppe röm. Privatr. § 981 a. annimmt, kraft Hoheitsrechts als privilegirter Occupant, mithin als successor singularis, oder ob er loco heredis, folglich durch Universalsuccession die bona vacantia erlangt, hat v. Vangerow Pand. Bd. II. § 564. die letztere Meinung zum Theil durch neue Gründe bestätigt, und zugleich vollständig die neuere Literatur über diese Streitfrage gegeben. Dieser Ansicht zufolge, welche vorzüglich dadurch gerechtfertigt wird, daß die Gesetze zwischen bona vacantia und res nullius, zwischen Succession und Occupation wohl unterscheiden, würde sich auch die Frage, ob das Recht auf die bona vacantia dem Fiscus, in dessen Gebiet sie liegen, oder dem Fiscus des Wohnorts des Verstorbenen zuzuerkennen sey, um so mehr zu Gunsten des Letztern entscheiden; s. auch Glück Intest. Erbf. § 206 ff., Maier v. d. Succession des Fiscus Abschn. 2. § 19. Bei den älteren Rechtslehrern findet man noch eine andere Divergenz, indem Mehrere zwischen beweglichen und unbeweglichen Gütern unterscheiden, und erstere dem Fiscus des Wohnorts, letztere aber dem Fiscus des Orts der gelegenen Sache zuerkennen, Stryck de succ. ab intestato Diss. V. cap. 1. § 47., Lauterbach Coll. th. pr. Pand. Lib. 38. tit. 17. § 57., Hellfeld Jurisprudentia for. T. II. § 1661., dagegen Andere den letztern das Recht ohne Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen zueignen; Voet Comm. ad Pand. Lib. 38. tit. 17. § 29., Pufendorf Obs. jur. univ. T. III. Obs. 14. § 22., Koch de succ. ab intestato § 120., Madihn Princ. jur. Rom. de succ. § 57., Ludolf Lehre von d. Intestaterbfolge § 188. Das Successionsrecht des Fiscus ist zu dem Zweck eingeführt worden, damit, wenn auch der Verstorbene keinen eigentlichen Erben hinterließ, demungeachtet dessen rechtliche Verhältnisse bestehen bleiben, und durch den succedirenden Fiscus aufrecht erhalten werden könnten; s. Maier v. d. Succession des Fiscus Abschn. II. § 17 rc.

Ganz irrig wurde von einem Gericht I. Instanz ein bonum vacans und somit Succession des Fiscus in einem Falle angenommen, wo durchaus kein Grund zur Zuweisung an den Fiscus vorhanden war. Die A. hatte nämlich in ihrem Ehevertrag ihrem Ehemann, welchem sie ihr ganzes Vermögen hinterließ, einen Rückfall von 100 fl. an ihre nächsten Verwandten auf den Fall ihres kinderlosen Absterbens auferlegt. Dieser Fall trat zwar ein, aber es konnten keine gesetzlichen Erben der verstorbenen Ehefrau aufgefunden werden, und nachdem deren öffentliche Vorladung vergeblich geblieben war, so glaubte das Gericht die Rückfallssumme dem Fiscus als erbloses Gut adjudiciren zu müssen. Es war aber vielmehr zu statuiren, daß der überlebende Gatte dadurch, daß Niemand vorhanden oder aufzufinden war, der auf den Rückfall Anspruch machen konnte, von seiner desfallsigen Verbindlichkeit liberirt sey, folglich der uxorische Nachlaß ihm ganz verbleibe; s. Seuffert u. Glück Bl. f. Rechtsanw. Bd. XX. S. 81*.

2) Gleich vollständig sind die Indignitätsfälle sowohl bezüglich der Erbschaften, als Legate, und deren rechtliche Folgen theils für den Fiscus, theils für andere Personen zusammengestellt und erörtert in v. Vangerow Pandekten Bd. II. § 565., Zimmern Grundriß des Erbrechts S. 78. Von den römischen Gründen des diesfallsigen Heimfalls an den Fiscus, welcher sein Ereptionsrecht mit der hereditatis petitio geltend machen kann, s. Linde's Zeitschrift Bd. I. S. 380., Gebr. Overbeck Medit. Bd. III. S. 316., sind freilich manche nicht mehr anwendbar, s. Berger Oecon. jur. Lib. II. tit. IV. th. 56., Mittermaier deutsches Privatr. § 471. (419.), aber es als völlig antiquirt zu betrachten, s. Müller ad Leyser Obs. 622., Beseler Lehre v. Erbverträgen Bd. II. S. 341., scheint, nachdem es auch in II. F. 56. wiederholt ist, zu gewagt; s. Stryck Us. mod. Pand. tit. de his, qui ut indignis auf. § 1., Leyser Med. Spec. 398. Ueber die angebliche Indignität der Geschwister s. Marezoll in Linde's Zeitschr. Bd. IV. S. 415. und über die Frage: ob Veräußerungen des unwürdigen Erben ungültig sind? s. Archiv für die Rechtspflege und Gesetzgebung im Großherzogthum Baden Bd. II. S. 246.

Verzeichniß der Zusätze und Verbesserungen.

Zum ersten Band:

Zu S. 638. Z. 2. v. u. In Bayern sind durch das Gesetz vom 29. Juni 1851, die bürgerlichen Rechte der israelitischen Glaubensgenossen betr., die civilrechtlichen Verhältnisse der Juden geregelt und sollen insbesondere in Beziehung auf die Bedingungen und Form der Eingehung der Ehe, sowie in Beziehung auf Ehehindernisse und Ehescheidung die Juden auch ferner unter denjenigen besonderen Gesetzen verbleiben, welche mit ihrer Religion unzertrennbar zusammenhängen, während in Ansehung des übrigen bürgerlichen Rechts der Juden alle Ausnahmsbestimmungen aufgehoben sind und für die israelitischen Glaubensgenossen die für die Christen geltenden Civil= und Proceßgesetze in Anwendung kommen.

Ueber die civilrechtlichen Verhältnisse der Juden im Allgemeinen siehe insbesondere noch Fassel, Oberrabbiner in Großkonische, das mosaisch=rabbinische Civilrecht, bearbeitet nach Anordnung und Eintheilung der neueren Gesetzbücher und erläutert mit Angabe der Quellen. Wien u. Großkonische 1852—1854. (Mit Unterstützung der K. K. Academie der Wissenschaften herausgegeben.)

Zum zweiten Band:

S. 25. Z. 2. v. u. lies „§" vor „49".
= 152. = 13. = = = „l" = „c".
= 177. Zu Fr. 3. Ein Bundesbeschluß v. 12. März 1857 erweitert und bestimmt schließlich die durch den Bundesbeschluß vom 22. April 1841 zum Schutze der inländischen Verfasser dramatischer und musikalischer Werke gegen unbefugte Aufführung und Darstellung derselben im Umfange des deutschen Bundesgebiets vereinbarten Bestimmungen.
S. 179. Z. 6. v. o. lies „Jagemann" statt „Jäger".
= 244. = 9. v. o. statt „frembem" lies „fremden".
= 251. = 1. v. u. statt „t." lies „not."
= 264. = 10. v. o. ist nach „unübertragbares" einzuschalten „mit Ausnahme der servitus usufructus".
= 313. Z. 5. v. u. lies „S. 220".
= 348. = 12. v. o. lies „dieser" statt „diese".
= 527. = 11. v. o. statt „Arndt" lies „Arndts".
= 567. = 15. v. o. nach „Archiv" lies statt des Komma „von".
= 603. = 9. v. o. statt „l. c." lies „Pand."
= 619. = 6. v. o. nach „Lehr" lies „pag. 617 cit."
= 654. = 9. v. o. statt „das" lies „des".
= 714. = 2. v. u. nach „s. ob." lies „S."
= 859. = 6. v. o. statt „seinen" lies „seinem".
= 865. = 16. v. u. statt „apperuerit" lies „apparuerit".
= 881. = 14. v. o. statt „zu" lies „in".

Druck der Hofbuchdruckerei in Altenburg.
(H. A. Pierer.)